Joachim Lege

Kritik der juristischen Vernunft

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Joachim Lege

Kritik der juristischen Vernunft

Zugleich eine Neue Juristische Methodenlehre (NJML)

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Joachim Lege, geboren 1957 in Lübeck, altsprachliches Abitur. Studium der Rechtswissenschaft in Bielefeld und Freiburg im Breisgau. Zweites juristisches Examen in Baden-Württemberg. 1995 Promotion in Erlangen, 1997 Habilitation in Freiburg. 1998 Professor an der Juristischen Fakultät der TU Dresden, von 2003 bis 2023 Professor für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie an der Universität Greifswald. 2015 bis 2020 Vorsitzender des Deutschen Juristen-Fakultätentags, seit 2023 im Ruhestand. E-Mail: lege@uni-greifswald.de.

Gefördert von der VolkswagenStiftung.

Titelfoto: Keystone/Alexandra Wey

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

1. Auflage 2025

© Joachim Lege

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3334-8
ISBN (ePDF): 978-3-7489-6267-0

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748962670

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort für alle

Auch dies ist ein Buch, das Spaß machen soll, aber auch Mühe machen wird. Es will allen, die sich dafür interessieren, was das Recht eigentlich „ist", jedenfalls zeigen, wie das Recht „tickt", wie es funktioniert.

Das Buch setzt keine Vorkenntnisse voraus, weder juristische noch philosophische. Es setzt noch nicht einmal voraus, dass wir alle über die gleiche „Allgemeinbildung" verfügen – dafür ist unsere Gesellschaft zu bunt und divers geworden. Was das Buch lediglich voraussetzt, ist eine Art gute Neugier: den Wunsch, etwas Neues zu verstehen. (Schon Platon, der Urahn der europäischen Philosophie, hat von der philosophischen Neugier die bloße Sensationslust unterschieden. Die alten Griechen waren auch nicht anders als wir.)

Man muss dieses Buch nicht von vorn bis hinten durchlesen. Die einzelnen „Kapitelparagraphen" (so nennt man das in den Verlagen) können je für sich allein gelesen werden. Erst recht nicht muss man das Buch „durcharbeiten" – man soll es genießen. Vielleicht muss man ab und zu etwas Geduld aufbringen und „dranbleiben". Aber das ist im Sport oder in der Musik nicht anders.

> Am leichtesten zugänglich sind wohl § 2 (Die antike Gerichtsrhetorik), § 22 (Die sogenannte Relationstechnik) und § 30 (Rechtliche Richtigkeit). – Am sperrigsten: § 9 (Subsumtion) und § 31 (Ethik und Ästhetik). – Die große Weichenstellung: § 3 (Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre").

Ich würde mich freuen, wenn dieses Buch dazu beiträgt, dass wir einander immer wieder erst einmal zuhören – und uns erst danach beurteilen. Urteilen fällt ja umso leichter, je weniger man weiß. Zu viel darf man aber auch nicht wissen, und man muss auch nicht alles verstehen – manches ist Unsinn, und vieles ist anders, als es scheint. Vielleicht ist das Recht nur ein gut verkapptes Unterdrückungsinstrument? Macht euch ein eigenes Bild davon!

Zutiefst dankbar bin ich vielen einzelnen Menschen, aber auch der „Gesamtgesellschaft". Das Buch ist nämlich von der sogenannten VolkswagenStiftung gefördert worden – einer gemeinnützigen Stiftung des Privatrechts. (Sie hat mit der Firma VW nur insoweit etwas zu tun, als die Bundesrepublik und das Land Niedersachsen im Jahr 1961 ihre VW-Aktien verkauft und mit dem Erlös eben diese Stiftung gegründet haben.) Ich hoffe, der Gesamtgesellschaft mit dieser „Kritik der juristischen Vernunft" etwas Brauchbares zurückzugeben.

Greifswald, im Herbst 2025 Joachim Lege

Ein P.S. zum Stil: Es gibt einige „Leitmotive", die sich durch das ganze Buch hindurchziehen, also immer wieder einmal auftauchen: das Corpus Iuris Civilis, der Spruch „*nothing more pretentious*", die Aggregatzustände der Logik und so weiter. Das ist so gewollt, auch wenn es vielleicht ein bisschen nervt – aber das ist bei Thomas Mann und Richard Wagner, die für diese Technik berühmt sind, nicht anders.

P.P.S. Den juristischen Kontext des Cover-Bildes findet man in § 23 Randnummer 15.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort für Fachphilosophen

„Ziel dieses Beitrages ist, die Verständigung zu erleichtern" – mit diesem Satz habe ich 1990 meinen ersten juristischen Aufsatz begonnen. Thema war damals das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG (Grundgesetz), genauer der Begriff „Enteignung", und der Streit zwischen dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht über dessen Auslegung – vor allem, wenn es um Geld geht.

Auch in diesem Buch geht es mir um Verständigung – und ich will jetzt einmal hinzufügen: auf Augenhöhe. Dies gilt auch und insbesondere für das Verhältnis von Juristen und „Fachphilosophen" – also solchen, die an der Universität eben nicht Jura, sondern Philosophie als ihr „Fach", als ihre „Disziplin" studiert haben. Auf Augenhöhe, das heißt: Ich will weder die Fachphilosophen darüber belehren, was man richtigerweise vom Recht zu halten hat („ich bin schließlich Jurist"), noch will ich das fachphilosophische „Wissen" unreflektiert übernehmen und, zur Belehrung der Juristen, auf das Recht und die Jurisprudenz „anwenden". Kurz und gut: Ich glaube, dass ich auch zum Bereich der Fachphilosophie etwas Neues beitrage, und will dies kurz zusammenfassen.

Erstens entwickle ich eine neue Theorie der *Abduktion* – das ist, zusätzlich zu Deduktion und Induktion, eine weitere Form des logischen Schlussfolgerns. Zugegeben, dies ist ein ziemliches Spezialthema der Logik und Erkenntnistheorie, und auch der Entdecker der Abduktion – der US-amerikanische Philosoph Charles Sanders Peirce (1839-1914) – ist nach wie vor ein Geheimtipp. Interessant ist daher vor allem, was aus dieser Theorie folgt: Abduktion ist die Form, in der neue Ideen *auf logischem Weg* entstehen – also ohne die wohltuende Selbsttäuschung einer „Kreativität" oder gar „Werterkenntnis" und „Klugheit" außerhalb der Logik.

Zweitens werde ich, nebenbei, die Frage beantworten, worauf die *Geltung der Logik* – also der Lehre vom folgerichtigen (und -falschen!) Schlussfolgern – eigentlich beruht. Warum können wir mit ihrer Hilfe gültige Schlüsse ziehen? Die Antwort ist eine Kombination von hypothetischem Realismus und Sprachphilosophie: Die Logik gründet sich auf einen doppelten Konjunktiv. Wenn es eine Realität gibt und wir alles Nötige über sie *wüssten*, dann *würden* sich die Gesetze der Logik (!) *in the long run* immer bewähren.

Die dritte Neuigkeit ist eine Neuinterpretation, vielleicht kann man sagen: eine Renaissance der *Ästhetik*. Ästhetik, als die dritte normative Wissenschaft neben Logik und Ethik, ist im ursprünglichen und umfassenden Sinn die Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aisthánesthai*) – von den ersten Sinneseindrücken (aua!) bis zur Bewertung des Ganzen (z.B. eines Tattoos oder sonstigen Kunstwerks). Als Leitidee dieser Ästhetik schlage ich statt Schönheit (passt schlecht auf die moderne Kunst) die Kategorie *Gelungenheit* vor.

Die vierte Neuigkeit ist eine Verbindung dessen, was ich zu Logik und Ästhetik entwickelt habe, mit der *Verhaltensökonomie* (und Kognitionswissenschaft), so wie sie in den letzten Jahren geradezu Populärwissen geworden ist: Die „Welt" ist das, was wir von ihr wahrnehmen, und dies ist immer in gewisser Weise „verzerrt" (*bias*!), nämlich nur ein Ausschnitt. Umso wichtiger, dass wir versuchen, auch einmal den Ausschnitt der Welt, den andere Leute haben, zu *verstehen*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Und doch werden wir, fünftens, immer wieder *entscheiden* müssen, welcher Ausschnitt in welcher Hinsicht, also im Hinblick auf praktische Konsequenzen, der richtige ist. Da kommt dann als letzte Neuerung meine Definition von Vernunft oder besser *Vernünftgkeit* (*reasonableness, ragionevolezza*) ins Spiel: Vernunft heißt Probleme dort lösen, wo sie sich stellen. Insofern ist ein richtig verstandenes Recht nicht immer, aber doch oft eine gute Lösung.

Am Ende kann ich mir nicht verkneifen, ein berühmtes Zitat von Karl Marx (den ich sehr bewundere) abzuwandeln: Die Fachphilosophen dürfen die Welt sehr gern verschieden interpretieren; es kömmt aber auch darauf an, verschiedene Welten erst einmal zu *verstehen* – und dann zu schauen, was man verändern kann. Im Recht wäre dies vor allem: besseres Handwerk abliefern.

Greifswald, im Herbst 2025 Joachim Lege

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort für Juristen

Das Wichtigste zuerst: Dies ist ein Buch, das Spaß machen soll – das habe ich auch schon im „Vorwort für alle" geschrieben. Hier füge ich hinzu: Alles macht mehr Spaß, wenn man nicht nur tut, was man weiß, sondern auch weiß, was man tut.

Daher ist dieses Buch kein Lehrbuch im Sinn eines „Lernbuchs", das den Stoff, den man zu einem Rechtsgebiet wissen muss, „examensrelevant" und repetitoriumsgerecht zusammenfasst. Lehrbuch ist es aber sehr wohl in dem ganz anderen Sinn, dass es eine eigene „Lehre" entfaltet, auf Latein: eine *Doktrin*, wie man die Dinge richtigerweise sehen und betreiben sollte. In diesem Fall: die juristische Methode (es gibt nur eine), was sie kann und was sie nicht kann (daher „Kritik" der juristischen Vernunft).

Das Zweitwichtigste: Das Buch ist nicht überall auf dem allerneuesten Stand – das ist angesichts der rasanten Entwicklung, mit der sich alle Rechtsgebiete fortentwickeln, nicht mehr möglich. Nichtsdestoweniger habe ich mich bemüht, die drei Kerngebiete (Zivilrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht) einigermaßen aktuell und gleichberechtigt zu Wort kommen zu lassen. Man wird sogar etwas zum Europarecht finden.

Zentrum der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) ist sodann eine konsequente Orientierung am Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS). Konkret: Jede rechtliche Entscheidung beruht auf einer Regel, sie bezieht sich auf einen Fall, und sie hat ein bestimmtes Ergebnis. Diese drei Elemente – *Regel, Fall, Ergebnis* – müssen zusammenpassen. Dass man sie mehr oder weniger seriös „passend machen" kann, davon handelt dieses Buch.

> Gegenüber den herkömmlichen Büchern zur Juristischen Methodenlehre beleuchtet die NJML zudem eine ganze Reihe von zusätzlichen Themen. Das sind etwa die Relationstechnik, mit der die Zivilgerichte ihre Fälle aufbereiten (§ 22), und die berühmt-berüchtigten (Prüf-)„Schemata" (§ 23), aber auch die Themen Rechtsberatung (§§ 37-37c) und Gesetzgebung (§ 38). Dass den Schlusspunkt eine Juristische Ästhetik (§§ 33-34) setzt – also eine Lehre von der richtigen *Wahrnehmung* des Rechts –, könnte für eine Generation, die mit gänzlich neuen Medien aufgewachsen ist, besonders interessant sein.

Um Vergebung muss ich viele Kollegen[1] bitten. Sowohl in den materiellrechtlichen Fragen als auch – und noch mehr – im Bereich der Grundlagenfächer (Rechtstheorie, Rechtsphilosophie, herkömmliche Juristische Methodenlehren) habe ich nicht allen gerecht werden können. Eine eigene Doktrin muss notgedrungen ein wenig egoistisch sein, sie kann sich nicht mit jeder Konkurrenz so intensiv auseinandersetzen, wie diese es verdient hätte. Wen ich also zu barsch abgefertigt oder gar übersehen habe, bitte ich um Nachsicht.

Wenn ich zum Abschluss einen Wunsch für die juristische Ausbildung frei hätte, es wäre dieser: Macht den jungen Juristen[2] mehr Mut, honoriert es doch bitte, wenn sie

1 … und Kolleg:innen, versteht sich.
2 … und Jurist:innen, versteht sich.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich mit guten Argumenten ihres eigenen Verstandes bedienen – auch wenn sie die letzte Verästelung der neuesten BGH-Rechtsprechung nicht kennen.

Greifswald, im Herbst 2025 Joachim Lege

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsübersicht I

Erster Teil: Einführung 45

Zweiter Teil: Die Logik der Rechtserzeugung 81

Kapitel 1: Grundzüge einer allgemeinen „working logic“ 99

Kapitel 2: Die juristische „working logic“ 183

Dritter Teil: Die Zubereitung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) 253

Kapitel 3: Die Gewinnung der Regel 257

Kapitel 4: Die Aufbereitung des Falls 531

Kapitel 5: Die Manipulation des Ergebnisses 637

Vierter Teil: Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit 683

Kapitel 6: Juristische Richtigkeit von innen (Ästhetik) 685

Kapitel 7: Juristische Richtigkeit von außen (Verhaltensökonomie) 809

Fünfter Teil: Ausblicke 847

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsübersicht II

Erster Teil: Einführung 45

§ 1 „Methode“ und „Methodenlehre“ 46

§ 2 Methodenlehre *in a nutshell*: Die Antike Gerichtsrhetorik 65

Zweiter Teil: Die Logik der Rechtserzeugung 81

§ 3 Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre“ 82

Kapitel 1: Grundzüge einer allgemeinen „working logic“ 99

§ 4 Logik als Lehre von der Folgerichtigkeit 100

§ 5 Begriff – Aussage („Urteil“) – Schlussfolgerung („Schluss“) 104

§ 6 Eine neue Syllogistik: Deduktion, Induktion und Abduktion 151

§ 7 Zusammenfassung zu Kapitel 1 179

Kapitel 2: Die juristische „working logic“ 183

§ 8 Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) 184

§ 9 Subsumtion 197

§ 10 Interpretation 211

§ 11 Regel- und Systembildung (Dogmatik) 228

§ 12 Zusammenfassung zu Kapitel 2 248

Dritter Teil: Die Zubereitung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) 253

§ 13 Das Prinzip der Darstellung 254

Kapitel 3: Die Gewinnung der Regel 257

§ 14 Regeln (Rechtssätze) finden 259

§ 15 Regeln (Rechtssätze) interpretieren: Übersicht 295

§ 15a Regeln (Rechtssätze) interpretieren I: Die Begriffe 297

§ 15b Regeln (Rechtssätze) interpretieren II: Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes 332

§ 15c Regeln (Rechtssätze) interpretieren III: Irrlehren 360

§ 15d Regeln (Rechtssätze) interpretieren IV: Die guten alten „Canones“ 393

§ 16 Regeln (Rechtssätze) modifizieren (korrigieren, anpassen) 404

§ 17 Regeln (Rechtssätze) erfinden 428

§ 18 Regeln (Rechtssätze) aufeinander abstimmen 443

§ 19 Regeln (Rechtssätze) systematisieren (Theoriebildung) 482

§ 20 Paradigmenwechsel 507

§ 21 „Gewinnung der Regel“: Das Verhältnis der Ebenen zueinander 521

§ 21a Intermezzo: Alte und Neue Juristische Methodenlehre (NJML) 523

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 4: Die Aufbereitung des Falls 531
§ 22 Die Relationsmethode („Relationstechnik“) 533
§ 23 Die „Schemata“ – und die Wirklichkeit „hinter“ ihnen 548
§ 24 Der Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen 570
§ 24a Insbesondere: Die Ermittlung und Darstellung des Sachverhalts 583
§ 24b Diverse Faktoren der Entscheidungsfindung 605
§ 25 Der Fall als Labor für kreative Schlussfolgerungen 626

Kapitel 5: Die Manipulation des Ergebnisses 637
§ 26 Ergebnis – welches Ergebnis? 638
§ 27 Offene Korrektur des Ergebnisses 642
§ 28 Sonderfall: Ergebniskorrektur durch Gesetz 657
§ 29 Verdeckte Korrektur des Ergebnisses 669

Vierter Teil: Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit 683

Kapitel 6: Juristische Richtigkeit von innen (Ästhetik) 685
§ 30 Rechtliche Richtigkeit 686
§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik 705
§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz 743
§ 33 Juristische Ästhetik I: Vertretbarkeit und Gelungenheit 755
§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit 770

Kapitel 7: Juristische Richtigkeit von außen (Verhaltensökonomie) 809
§ 35 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie) 810
§ 36 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft) und Neue Juristische Methodenlehre (NJML) 837

Fünfter Teil: Ausblicke 847
§ 37 Rechtsberatung 848
§ 37a Kautelarjurisprudenz, insbesondere Vertragsgestaltung 849
§ 37b Forensische Tätigkeit (Litigation) 878
§ 37c Die Logik und die Ästhetik der Rechtsberatung 886
§ 38 Gesetzgebungslehre (Legistik) 887
§ 39 Juristische Meta-Diskurse 922
§ 40 Die Vernünftigkeit des Rechts 943

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

Vorwort für alle 5

Vorwort für Fachphilosophen 7

Vorwort für Juristen 9

Inhaltsübersicht I 11

Inhaltsübersicht II 12

Erster Teil: Einführung 45

§ 1 „Methode“ und „Methodenlehre“ 46

I. Der Begriff „Methode“ 46

1. Ursprung und Bedeutung bis zum Mittelalter 46
2. René Descartes‘ „Discours de la méthode” (1637) 47
3. Zur heutigen Lage 48

II. Methodenlehre 49

1. Die sogenannte „Logik von Port-Royal“ (1662) 49
2. Immanuel Kant (1724–1804) und Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) 51
3. Die (deutschen) juristischen Methodendiskussionen bis 1945 53
4. Die „Juristische Methodenlehre“ seit 1945 56
5. „Methodenlehre“ interdisziplinär: Methodik und Methodologie 62

III. Resümee und Fortführung 64

§ 2 Methodenlehre *in a nutshell*: Die Antike Gerichtsrhetorik 65

I. Entstehung und Geschichte 65

II. Die „juridische“ Methodenlehre der Antiken Rhetorik 67

1. Die Statuslehre – zwei antike Prüfungsschemata 68

a) Die *statūs rationales* – Aufschlüsselung der Tat 69

aa) *status coniecturalis* – die Tatfrage 69
bb) *status definitionis* – Rechtsfrage Nr. 1: Tatbestandsmäßigkeit 69
cc) *status qualitatis* – Rechtsfrage Nr. 2: Rechtfertigung und Entschuldigung 70
dd) *status translationis* – Rechtsweg 70

b) Die *statūs legales* – Interpretation von Rechtstexten 71

aa) *scriptum et voluntas* – Wortlaut und Wille 71
bb) *leges contrariae* – sich widersprechende Gesetze 71
cc) *ambiguitas* – Doppeldeutigkeit 71
dd) *syllogismus* oder *ratiocinatio* – analoge Anwendung eines Gesetzes 72

c) Resümee 73

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die Beweis- und Überzeugungsmittel (*písteis, argumentatio*) – formale Argumentationstechnik 73
a) Der rhetorische Syllogismus: Subsumtionstechnik 74
aa) Vollständiger rhetorischer Syllogismus (Epichirem, *epicheírēma*) 74
bb) Exkurs I: Unvollständiger rhetorischer Syllogismus (Enthymen) 75
cc) Exkurs II: zum Gutachten- und Urteilsstil 76
b) Komplexe Argumente: Argumente *a fortiori* (Erst-recht-Schlüsse) etc. 77
c) Die Lehre von den Fehlschlüssen 77
3. Die Topik – Fundorte (*tópoi*) inhaltlicher Argumente 78
III. Das Nachwirken der Antiken Rhetorik 79

Zweiter Teil: Die Logik der Rechtserzeugung 81

§ 3 Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre“ 82
I. Die herrschende Meinung (h.M.) in den Methodenlehren: Geringschätzung der Logik 82
1. Das Gebiet der Logik (h.M.): Justizsyllogismus und Subsumtion 84
a) Der sogenannte Justizsyllogismus 84
b) Der sogenannte Subsumtionsschluss 85
2. Das Gebiet außerhalb der Logik (h.M.): Wertung und Kreativität 85
a) Wertungen und Werturteile 87
b) Kreativität („schöpferische Elemente“) 87
II. Die Neue Juristische Methodenlehre: Logik, Logik, Logik 89
1. „Logik“ umfasst nicht nur die deduktive Logik 89
2. Wertungen befinden sich innerhalb der Logik (wenn wir es denn wollen) 92
3. Kreativität ist kein Aliud zur Logik 93
4. Wir denken immer auch vom Ergebnis her 94
5. Annex: Gibt es rechtliche und juristische Richtigkeit? 96
III. Zum folgenden Gedankengang 97

Kapitel 1: Grundzüge einer allgemeinen „working logic“ 99

§ 4 Logik als Lehre von der Folgerichtigkeit 100
I. Realistische („ontologische“) Logik 100
II. Psychologische Logik („Kunst des Denkens“) 101
III. Mathematische Logik (Logik als „Sprache“, als Zeichensystem) 102
IV. Pragmatistische Logik (Folgerichtigkeit des Handelns) 103

§ 5 Begriff – Aussage („Urteil“) – Schlussfolgerung („Schluss“) 104
I. Das Potential von (Rechts-) Begriffen: Klarheit 106
1. Begriff und Terminus 106
2. Definitionen des Begriffs „Begriff“ (und das semiotische Dreieck) 106

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Die Klärung von Begriffen („How to Make Our Ideas Clear") 108
a) Intuitionen („Vertrautheit mit einer Idee") 108
b) Abstrakte Definitionen 108
c) Die pragmatische Maxime: Ein Begriff ist, was aus ihm folgt (Ch. S. Peirce) 109
4. Begriffe als geronnene Regeln („Knotenpunkte", Lübbe-Wolff) 110
II. Das Potential von Aussagen (auch im Recht): Wahrheit bzw. Richtigkeit 111
1. „Satz" und „Aussage" (und das semiotische Dreieck) 112
2. Deskriptive und präskriptive („normative") Aussagen 114
3. Tiefbohrung I: „Werturteile" (normative Aussagen) als Gegenstand der Logik 115
a) Können Werturteile überhaupt „richtig" sein? 116
b) Wertungen als erste Prädikate (wie Wahrnehmungen) 117
c) Wert*urteile* (besser: Wert*aussagen*, Wertungs*sätze*) als emotionale Stellungnahme 118
4. Tiefbohrung II: Aussagen als Bezugnahme auf Sinnzusammenhänge Oder auch: Aussagen und „die Wirklichkeit" 120
a) Zum Begriff Sinnzusammenhang 121
b) Eine Wirklichkeit, viele Sinnzusammenhänge (Beispiel: Torschuss) 122
c) Keine „Kluft" zwischen Recht und Wirklichkeit 123
d) Die dreifache Rolle der Logik bei Aussagen über die Wirklichkeit 125
aa) Die Logik als Sinnzusammenhang (Beispiel: Abseitsregel im Fußball) 125
bb) Die Logik als Wirklichkeit (und die geschlechtergerechte Sprache) 125
cc) Logik als Ehrenkodex wissenschaftlicher Aussagen 127
5. Logische Beziehungen zwischen mehreren Aussagen 128
6. Tiefbohrung III: Die Wahrheit bzw. Richtigkeit von Aussagen 130
a) „Wahrheit" im Alltag, im Recht und in der (Fach-)Philosophie 131
b) Wahrheitstheorien in der Philosophie 131
c) Rechtliche Richtigkeit: Ronald Dworkins „Richter Hercules" 133
d) Erfahrung (Empirie) als Kriterium der Wahrheit (und Peirce' Kategorienlehre) 135
e) Konsens als Kriterium normativer (moralischer, rechtlicher) Richtigkeit? 136
7. Übergang: Aussagen als Bestandteile von Schlussfolgerungen 138
III. Das Potential von Schlussfolgerungen: Begründung 139
1. Die drei logischen Grundsätze („Axiome") 139
2. „Schlussfolgerung" und „Syllogismus" (und das semiotische Dreieck) 140
3. Syllogismen als Kombination dreier Sätze (zwei Prämissen, eine Konklusion) 140
4. Kategorische und hypothetische Schlüsse: nur eine Formulierungsfrage 142
5. Die Formeln des Schlussfolgerns („Syllogistik") 143
a) Platon oder: Logik als die Mathematik hinter dem Begründen 144
b) Die historische Entwicklung der Formeln 144

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Die kategorischen Schlüsse, insbesondere: *Modus Barbara* und *Modus Darii* 146
d) Die hypothetischen Schlüsse I: *Modus ponens* 147
e) Eine nötige Korrektur für den Bereich der Jurisprudenz: „wenn" als Bikonditional 148
f) Die hypothetischen Schlüsse II: Vorsicht mit dem *Modus tollens* im Recht! 149
IV. Das Zusammenspiel von Begriff, Urteil und Schluss 150

§ 6 Eine neue Syllogistik: Deduktion, Induktion und Abduktion 151

I. Deduktionen oder: Formal zwingende Schlüsse 152
1. Die gängige Unterscheidung: Deduktion versus Induktion 152
a) Schlüsse vom Allgemeinen auf das Besondere (und umgekehrt) 152
b) „Wahre" und „wahrscheinliche" Schlussfolgerungen 153
c) Zwingende und nicht-zwingende Schlüsse 154
2. Nebenbei: Die Frage nach der Geltung (Gültigkeit) der deduktiven Logik 156
3. Deduktive und nicht-deduktive Schlüsse 157
a) Das Bohnenbeispiel von Charles Sanders Peirce (Ausgangskonstellation) 157
b) Das Bohnenbeispiel: Abwandlung (wenn Logik auf Wirklichkeit trifft) 158
c) Das Bohnenbeispiel: Zwei Korrekturen an Peirce' Konzeption 159
aa) Die „Hypothese" in der Abwandlung: eine Abduktion 159
bb) Die „Hypothese" im Ausgangsfall: eine qualifizierende Induktion 160
d) Zusammenfassung 161
4. Nebenbei: Der Geltungsgrund der Logik 161
a) Die formale und die materiale Seite der Logik 161
b) Die Verschränktheit des deduktiven und des nicht-deduktiven Schlussfolgerns 161
II. Zwei Arten der Induktion: generalisierend und konkretisierend 162
1. Quantifizierende Induktion: Generalisierung, Verallgemeinerung 162
a) Definition 162
b) In der Jurisprudenz: Beispiel „positive Vertragsverletzung" und die Analogie 163
c) In der Jurisprudenz: Beispiel Gesetzgebung und die *Cautio Muciana* 164
2. Qualifizierende Induktion: Klassifizierung, Subsumtion 165
a) Definition 165
b) In der Jurisprudenz: Subsumtion 165
c) Die Ergebnisoffenheit (!) der Subsumtion 166
III. Kreative Schlüsse: Abduktionen 167
1. Abduktionen als Zusammenschluss von Schlüssen 167
2. Drei Spielarten der Abduktion 168
a) Die Abduktion vom Resultat her (idealtypisch: Naturwissenschaft) 169
b) Die Abduktion von der Regel her (idealtypisch: Geisteswissenschaft) 170
c) Die Abduktion vom Fall her (idealtypisch: Normwissenschaft) 173

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Abduktionen auf zwei Ebenen 176
a) Qualifizierte Abduktionen 176
b) Qualifizierende Abduktionen 176
4. „Die Welt steckt voller Abduktionen“ 177
IV. Resümee 178

§ 7 Zusammenfassung zu Kapitel 1 179
I. Übersicht zur allgemeinen working logic 179
II. Thesen zur allgemeinen working logic 180

Kapitel 2: Die juristische „working logic“ 183

§ 8 Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) 184
I. Die ersten beiden Stufen des VJS 185
1. Der sogenannte Justizsyllogismus 186
2. Der sogenannte Subsumtionsschluss 187
3. Die Verschränkung beider Syllogismen 188
a) Das Beispiel Sitzblockade: Nötigung/Gewalt – zwei Varianten des VJS 188
b) Anschlussüberlegungen und Übergang zur dritten Stufe 189
II. Die dritte Stufe des VJS 190
1. Die Einbindung des dritten Syllogismus 190
2. Der Qualifizierungs- oder Konkretisierungsschluss (als Abduktion) 191
3. Zum Vorrang der Interpretation 192
III. Der gesamte VJS 193
1. Die Langfassung (7 Glieder) 193
2. Die komprimierte Fassung (5 Glieder mit „indem-Satz“) 194
IV. Resümee: Ein Geflecht von Schlussfolgerungen 196

§ 9 Subsumtion 197
I. Der Begriff Subsumtion 199
1. Vorweg: ein wenig Ideologiekritik („Urteilskraft“, „Judiz“) 199
2. Umschreibungen und Definitionen 201
II. Das „Hin- und Herwandern des Blickes“ – revisited 203
1. Obersatz und Untersatz, Rechtsnorm und Lebenssachverhalt 204
2. Begriffsinhalt (Intension) und Begriffsumfang (Extension) 205
3. Das Recht und seine Umwelt (Sinnzusammenhänge) 208
4. Ergebnis (Rechtsfolge) und Begründung 209
III. Resümee: Logik, Logik, Logik 209

§ 10 Interpretation 211
I. Zum Begriff „Interpretation“ 211
1. Zum Terminus (Wort) „Interpretation“ 211

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Zur Wortgeschichte 212
3. Das Ziel der Interpretation (zugleich ihre teleologische Definition) 212
4. Systematische Ortsbestimmung: Interpretation und Logik 214
II. Die drei Ebenen der Interpretation 215
1. Die Interpretation von Termini als Zeichen für einen Begriff 215
2. Die Interpretation von Sätzen als Zeichen für Aussagen 217
3. Die Interpretation von Syllogismen als Zeichen für Begründungszusammenhänge 218
III. Die entscheidenden Fragen 219
1. Der maßgebliche Horizont (und die Zweite-Reihe-Rechtsprechung) 219
2. Die Frage nach der Richtigkeit 222
a) Die Unwahrscheinlichkeit „richtigen" Verstehens („doppelte Kontingenz") 222
b) Bezug auf den gemeinsamen Sinnzusammenhang „Recht" (Dogmatik) 223
c) Das Fehlen von Letztkriterien 223
d) „System 1" und „System 2" 225
IV. Resümee: „Das Wahre ist das Ganze" 227

§ 11 Regel- und Systembildung (Dogmatik) 228
I. Zum Begriff Dogmatik 229
1. Definition: Bezug auf (a) *rechtliche* (b) *Richtigkeit* 230
2. „Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall" 231
3. Andere Verständnisse von Dogmatik 232
II. Die Bildung von Regeln 234
1. Regeln als Programme zur Gleichbehandlung 234
2. Fallrecht und Gesetzesrecht 234
a) Case law: Unterscheidung von ratio decidendi („rule") und obiter dictum 235
b) Der Umgang mit Gesetzesrecht: wirklich stärker regelorientiert? 235
3. Bindung an das Recht und Orientierung am Ergebnis 236
a) *distinguishing* und *overruling* 236
b) Die Zuordnung von Voraussetzungen und Folgen 237
4. Von der Regel- zur Systembildung 238
III. Systembildung: Regeln über den Umgang mit Regeln 238
1. Zum Begriff „System" 239
a) Systeme als Wirklichkeiten 239
b) Systeme als logische Konstruktionen 240
2. Beispiele 241
a) Aristoteles über Gleichheit und Gerechtigkeit 241
b) Allgemeiner Teil und Besonderer Teil 243
c) Der Stufenbau der Rechtsordnung und das Prüfschema für Verwaltungsakte 244

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Die Logik und die Kontingenz der Systembildung 246
IV. Resümee: Die „Passung" der rechtlichen Systembildung auf die Welt 247

§ 12 Zusammenfassung zu Kapitel 2 248
I. Übersicht zur juristischen working logic 248
II. Lehrsätze zur juristischen working logic 248

Dritter Teil: Die Zubereitung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) 253

§ 13 Das Prinzip der Darstellung 254
I. Die traditionellen Methodenlehren: „Auslegung" und „Rechtsfortbildung" 254
II. Die NJML: Konsequente Orientierung am Syllogismus (Regel, Fall, Ergebnis) 255

Kapitel 3: Die Gewinnung der Regel 257

§ 14 Regeln (Rechtssätze) finden 259
I. Zum Begriff „Regel" 259
1. „Rechtssatz": Tatbestand und Rechtsfolge 259
2. Exkurs: Zwei Bedeutungen von „Tatbestand" 261
3. „Norm" (Gesetz im formellen und materiellen Sinn; Gesetz versus Einzelfallentscheidung) 262
4. Der Begriff „Rechtsregel": Definition 264
II. Autoritative Rechtstexte 264
1. „Rechtsquellen" und „Rechtserkenntnisquellen"? 264
a) Eine klassische Rechtsquellenlehre: Gesetz, Vertrag, Gewohnheitsrecht 265
b) Kritik an der Quellen-Metapher 265
2. Autoritative Rechtstexte und Dogmatik 266
III. Die Fundorte autoritativer Rechtstexte 268
1. Gesetzesrecht 268
a) „Gesetze": ein Überblick 269
aa) Einzelne Gesetze 269
bb) Kodifikationen 269
cc) Staatsverfassungen 270
dd) Rechtsverordnungen und Satzungen 272
ee) Gesetz als Gesamtwerk und als Einzelvorschrift 273
b) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (I): Begriffsbäume (Hierarchie) 274
c) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (II): Ablaufdiagramme 276
d) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (III): Allgemeines 278

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Präjudizien 279
a) Fallrechtssysteme (*case law*): Präjudizien mit Bindungswirkung (*stare decisis)* 279
b) Präjudizien ohne Bindungswirkung (in Gesetzesrechtssystemen) 280
aa) Die idealistische Autorität aufgrund Vernunft („Richtigkeit") 281
bb) Die pragmatische Autorität aufgrund von Macht (Ökonomie) 282
cc) Die rechtliche Autorität: Methodologische Folgerungen 283
(1) Man kommt an Präjudizien nicht vorbei („Berücksichtigungspflicht") 283
(2) Präjudizien sind nicht das Gesetz („kontextualisieren statt kritiklos subsumieren") 285
(3) Die juristische Autorität: Balance von Vernunft und Macht 286
dd) Anforderungen an gute Präjudizien 288
ee) Resümee: Präjudizien als Regeln? 289
3. Autoritative Rechtstexte in der Peripherie des Rechts 290
a) Willenserklärungen im Privatrecht 290
b) Verträge 291
c) Verwaltungsakte 292
4. Gewohnheitsrecht, Allgemeine Rechtsprinzipien, „Richterrecht" 293
5. Dogmatik? 294
IV. Resümee: Autoritative Texte als Einstieg 294

§ 15 Regeln (Rechtssätze) interpretieren: Übersicht 295

§ 15a Regeln (Rechtssätze) interpretieren I: Die Begriffe 297
I. Allgemeines zum Begriff „Begriff" 297
1. Begriffe als dreistellige Relationen (Zeichen, Objekt, „Gedanke") 297
2. Intension (Begriffsinhalt) und Extension (Begriffsumfang) 298
II. Extensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsumfang, „Fallvergleich") 299
1. „Begriffskern" und „Begriffshof" 299
2. Die Drei-Kandidaten-Lehre („positive, negative und zweifelhafte") 300
3. „Normalfallmethode" 301
III. Intensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsinhalt, „Definition") 301
1. Definitionen 301
a) Oberbegriff und spezifischer Unterschied (*genus proximum, differentia specifica*) 302
b) Die Bestandteile von Definitionen: definiens und definiendum 303
c) Der Bezug auf Sinnzusammenhänge 304
d) Sonderfall „Legaldefinitionen" (besser: Legislativdefinitionen) 306
e) Resümee 307
2. Umschreibungen 308
a) Die Umschreibungstechnik des Bundesverfassungsgerichts (Patchwork-Dogmatik) 309
b) Der Vorteil von Umschreibungen: Herantasten an Klarheit 312

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Die Gefahr: Verfestigung von Unklarheit … 313
d) … bis hin zur Widersprüchlichkeit (und aus Widersprüchlichem folgt Beliebiges) 314
e) Fazit: schlechtes Fallrecht 314
3. Resümee: Was Texte leisten und was nicht 315
IV. „Typisch juristische" Besonderheiten (?) 316
1. Vorweg: Allgemeines zum Verhältnis von Intension und Extension 316
2. Begriffe ohne abschließende Definition (insbesondere Generalklauseln) 317
a) Die logische Struktur: „Familienähnlichkeiten" (Wittgenstein) 317
b) Der Umgang mit Generalklauseln (Treu und Glauben, öffentliche Ordnung etc.) 318
aa) Intensionale Ausdifferenzierung 320
bb) Insbesondere: das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot 321
cc) Extensionale Ausdifferenzierung: Fallgruppenbildung (Kasuistik) 323
c) Kurzes Fazit zu den Generalklauseln 324
3. Begriffe als Kompetenzproblem: die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe 324
a) Unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum 324
b) Unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum 325
c) Parallele: Einschätzungsprärogative im Staatsrecht (Regierung, Gesetzgebung) 326
d) Resümee: *quis iudicabit* (wer wird/soll entscheiden?) 328
4. Resümee: wirklich „typisch juristisch"? 329
V. Zusammenfassung zur Begriffsbildung 330

§ 15b Regeln (Rechtssätze) interpretieren II: Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes 332

I. Die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge 333
1. Das „wenn" 333
2. Das „soll" (kann, muss, darf) 334
II. Die Bestimmung der konkreten Rechtsfolge 334
1. Zur Einstimmung: Die Begriffe der Rechtsfolgenseite 335
2. Präzisierung durch weitere Rechtssätze (intensional) 336
3. Komparative Begriffe („Schmerzensgeld"): Fallgruppenbildung, Fallvergleich (extensional) 337
4. Kombination von Intension und Extension: z.B. das Schuldprinzip bei der Strafzumessung 339
III. Spielräume und ihre Grenzen 340
1. Entscheidungen nach Ermessen 340
a) Die Lehre(n) von den Ermessensfehlern 341
b) Die gesetzlichen Vorgaben 341
c) Fazit: Ermessen als Lösung eines Kompetenzproblems („Kontrolldichte") 342
d) Annex: Ermessen im Zivilrecht 343

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Grenze: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 343
a) Der logische Ort: die Rechtsfolgenseite 344
b) Der passende Kontext: staatliche Eingriffe 345
c) Zwei Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung 346
aa) Beim Vollzug von Gesetzen: Anwendung – nur! – bei Ermessensentscheidungen 346
bb) Bei der Bewertung von Gesetzen: eine Kompetenzfrage 346
d) Fazit: Verhältnismäßigkeit ist eine Grenze, kein Optimierungsgebot 347
e) Zur Pervertierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Politik ist Trumpf? 347
3. „Abwägung" – eine Grenze? ein Optimierungsgebot? 348
a) Abwägung 1: einpolig ausgerichtete Parameter („Ziele", „Belange", „Umstände") 348
b) Abwägung 2: Zweck-Mittel-Relation (Verhältnismäßigkeit) 350
c) Abwägung 3: Aufeinanderabstimmen von Regeln (und korrespondierenden Rechten) 350
4. Grenze: Selbstbindung (Gebot der Gleichbehandlung) 352
a) „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte" (Goethe) 352
b) Die Entstehung neuer „dogmatischer Tatbestände" 353
5. Annex: Rückwirkung der Rechtsfolge auf gesetzliche Tatbestände 353
IV. Die Interpretation „programmatischer Rechtsaussagen" 354
1. Allgemeine Einordnung der programmatischen Rechtsaussagen 354
2. Beispiele 355
a) Der „Rechtsstaat" und seine Politisierung 355
b) „Demokratie": Festlegung auf eine enge Interpretation 356
c) Gleichheitssatz: Von der Willkürformel hin zur Formel für Willkür 358
3. Fazit: Methodischer Freistil und verfassungsrechtliche Hybris 359
V. Resümee: Logik und Wertung 359

§ 15c Regeln (Rechtssätze) interpretieren III: Irrlehren 360

I. „Konkretisierung" 361
1. „Abstrakt/konkret" und „generell/individuell" als Begriffe der Dogmatik 361
2. „Konkret" als Methodenbegriff: eine Chiffre für „Offenheit" und „Wertung"? 362
a) Der „konkret-allgemeine Begriff" bei Karl Larenz 362
b) „Konkretisierung" im Verfassungsrecht I: Konrad Hesse 364
c) „Konkretisierung" im Verfassungsrecht II: das BVerfG und die Bundestagsauflösung 366
d) „Konkretisierung" in den aktuellen Methodenlehren 367
3. Der Begriff „konkret": kurze Entzauberung 368
a) Der Wortlaut: „konkret" = was zusammengewachsen ist (concrescere) 369
b) „Konkretisierung": Erkenntniswert null 369
4. Fazit: „Konkretisierung" überflüssig und gefährlich 370

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Typus und Topos 371
1. Der sogenannte Typusbegriff 371
2. Die „Topik-Diskussion 373
III. Verfassungsinterpretation 375
1. Verfassung oder Verfassungstext? 376
2. Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation? 377
a) Fall 1: Die fünfte Amtszeit des Bundeskanzlers 377
b) Fall 2: Die Abschaffung des Bayerischen Senats per Plebiszit 379
aa) Der Sachverhalt 379
bb) Der Verfassungstext 380
cc) Zwei mögliche Interpretationen 381
dd) Jenseits der Interpretation: Ergänzung der Verfassung 382
ee) Bewertung: Verstoß gegen ein Konkretisierungsverbot 383
c) Erneut: ein Kompetenzproblem 384
3. Verfassungswandel? 385
IV. Schlussbemerkungen 388
1. Synästhetische Missverständnisse: Unbestimmtheit – Wertung – Kreativität 388
2. Viele Methodenlehren, eine (einzige) Methode 389
3. Zur Ethik der Interpretation autoritativer Texte („Regelbildung“) 390
a) Das Gebot intensionaler („abstrakt-genereller“) Zurückhaltung 390
b) Das Gebot gegenseitigen Respekts (Autor und Interpret) 391

§ 15d Regeln (Rechtssätze) interpretieren IV: Die guten alten „Canones“ 393
I. Die „Canones“ heute („h.M.“) 393
II. Die „Elemente“ der Auslegung bei Friedrich Carl von Savigny (1840) 395
1. Der klassische Text 395
2. Die Interpretation des Textes 396
a) Wortlaut: „Elemente“, nicht „Canones” 396
b) Systematik: „gesunde“ und „mangelhafte“ Gesetze 397
c) Historie: im Hintergrund Logik und Rhetorik 398
d) Teleologie: Rechtsgewissheit und gute Arbeitsteilung von Gesetz und Interpret 400
3. Auslegung und Rechtsanwendung als „Kunst“ 400
III. Die heutigen Kanones im Licht der NJML 401
1. Die vier heutigen „Kanones“: eine simple Heuristik 401
2. Der größere Rahmen: Fünf Erweiterungen des framings 402

§ 16 Regeln (Rechtssätze) modifizieren (korrigieren, anpassen) 404
I. Regeln erweitern I: Erweiterung von Rechtsbegriffen 405
1. Fiktionen 405
2. Extensive Interpretation contra legem (entgegen dem Gesetz) 405

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Regeln erweitern II: Ausdehnung von Rechtssätzen (Analogie) 406
1. Erscheinungsformen 407
a) Einzelanalogie (Gesetzesanalogie) 407
b) Gesamtanalogie (Rechtsanalogie): „pVV“ und „cic“ 407
aa) Positive Vertragsverletzung (pVV) 408
bb) Verschulden bei Vertragsanbahnung (culpa in contrahendo) 409
c) Tatbestands- und Rechtsfolgenanalogie 410
2. Voraussetzungen der Analogie: die herrschende Meinung (h.M.) 411
a) Die „planwidrige Lücke“ 411
b) Gleich zu bewertende Interessenlage 412
c) Fazit: Zwei Seiten derselben Medaille 414
3. *How it really works*: Logik und Ästhetik der Analogie 414
4. Ein besseres Prüfschema für die Voraussetzungen der Analogie 416
a) Vergleichbarkeit mit Fällen einer anderen Fallgruppe 416
b) Vorzugswürdigkeit der Regel für die andere Fallgruppe 416
III. Regeln erweitern III: Die Argumente a fortiori (Erst-recht-Schlüsse) 417
1. Das Argument a minore ad maius 417
2. Das Argument a maiore ad minus 418
IV. Regeln einschränken 418
1. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale 418
2. Die sogenannte teleologische Reduktion (auch: Restriktion) 420
V. Regeln behaupten (Kontrakorrektur) 421
1. Das Verbot, contra legem zu entscheiden (contra-legem-Verbot) 422
2. Klarer Wortlaut und die acte clair-Doktrin 423
3. Der Umkehrschluss (argumentum e contrario) 424
VI. Resümee … 425
VII. … – und ein klarer Fall richterlichen Ungehorsams 426

§ 17 Regeln (Rechtssätze) erfinden 428
I. Zwei Klarstellungen 428
1. Kreativität („schöpferische“ Elemente) im Recht 428
2. „Regeln“ „erfinden“ 429
II. Neue „dogmatische Figuren“ 429
1. Der übergesetzliche Notstand 430
2. Das Anwartschaftsrecht 431
3. Das Gebot der Rücksichtnahme (Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht) 433
a) Der Fall „Schweinemäster“ und das Problem 434
b) Dogmatischer Hintergrund: Die sogenannte Schutznormtheorie 434
c) Das scheinbare Dilemma im Fall „Schweinemäster“ … 436
d) … und seine kühne Überwindung: „Gebot der Rücksichtnahme“ 437
e) Unter den Teppich gekehrt: die einfache Lösung gemäß § 3 Abs. 1 BImSchG (Bundesimmissionsschutzgesetz) 438

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

f) Mutmaßungen über die wahren Gründe 438
g) Weitere methodologische und pragmatische Kritik (Besen, Besen, seid's gewesen …) 440
h) Schlussbetrachtungen 441
III. Resümee 442

§ 18 Regeln (Rechtssätze) aufeinander abstimmen 443

I. Konkurrenzen 443
1. Konkurrenzen im Strafrecht 444
a) Tateinheit und Tatmehrheit („Idealkonkurrenz" und „Realkonkurrenz") 444
b) Das Verhältnis mehrerer Straftatbestände zueinander („Gesetzeskonkurrenz") 445
c) Insbesondere: Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB) 445
2. Anspruchskonkurrenzen im Zivilrecht 446
a) Ansprüche aus Gesetz und aus Vertrag 446
b) Übliche Konkurrenzen in beiden Bereichen 447
3. Methodologische Überleitung: Drei Arten von Konkurrenz 448
4. Kompetenzkonkurrenzen im Öffentlichen Recht 449
a) Polizei und Ordnungsbehörden 450
b) Bund und Länder; oder auch: Kompetenz geht vor Gleichheit 451
c) Grundrechtskonkurrenzen 452
d) Bundesrepublik und Europa; oder auch: die Dicker-Hund-Theorie 455
II. Die üblichen Kollisionsregeln bei Widersprüchen 457
1. Geltungsvorrang und Anwendungsvorrang 457
2. Anwendungsvorrang und „Anwendungsvorrang" 458
3. Allgemeine Kollisionsformeln 458
a) Vorrang des speziellen Gesetzes (lex specialis derogat legi generali) 458
b) Vorrang des späteren Gesetzes (lex posterior derogat legi prori) 459
4. Die Auslegung von Ausnahme-Regeln 460
III. „Konforme" Auslegung (mit höherrangigem Recht) 461
1. Verfassungskonforme Auslegung 461
2. „Europarechtskonforme" Auslegung 462
a) Allgemeines zur „Europäischen Methodenlehre" (ohne EMRK) 463
b) Der effet utile 463
c) Primärrechtskonforme Auslegung 465
d) Richtlinienkonforme Auslegung (besser: Interpretation) 466
aa) Das Aufeinanderabstimmen verschiedener Methodenverständnisse 466
bb) Die Umsetzung durch den Gesetzgeber: drei Konstellationen 467
e) Einige Kuriositäten 468
aa) Die acte-clair-Doktrin 468
bb) Verbot abstrakter Regelbildung? 470
cc) „Gespaltene" Interpretation 471
f) Resümee: Europäische „Rechtsgestaltung" 472
3. Völkerrechtsfreundliche Auslegung 472

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Abwägung (genauer: Abwägung III) 472
1. Allgemeines zur Abwägung III (Abwägung von Regeln) 473
2. Abwägung von Regeln aus Sicht der NJML 474
3. Die wichtigsten Positionen zur „Abwägung von Regeln“ 475
a) Regeln und Prinzipien (Alexy, Dworkin, Kant) 475
b) Praktische Konkordanz (Konrad Hesse) 476
c) Abwägung im Verfassungsrecht (Schlink) 479
d) Abwägungsresistente Positionen? 480
V. Resümee: Das Hauptfeld der gehobenen juristischen Dogmatik 481

§ 19 Regeln (Rechtssätze) systematisieren (Theoriebildung) 482
I. Systembildung von der Rechtsfolge her 483
1. Friedrich Carl von Savigny: Das Recht des Besitzes (1803) 483
2. Die drei Schritte zum Begriff des Besitzes (possessio) 484
a) Die lebensweltliche „Grundlage“ des Begriffs 484
b) Seine beiden Rechtsfolgen 484
c) Rückschluss auf die Tatbestandsmerkmale und ihre Anwendung 485
3. Sortierung der vielen Regeln nach der inneren Logik ihrer Fälle 486
4. Resümee 488
II. Systembildung von der Tatbestandsseite her 489
1. Abgrenzung: Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB) des Eigentums 489
2. Vor-Klärung: Die Rechtsfolgen beider Begriffe 489
3. Die drei Schritte zu den beiden Begriffen (intensional) 490
a) Überprüfung des „Sprachgebrauchs“ 491
b) Analyse der lebensweltlichen „Grundlage“: das Marktmodell 491
c) Hypothese: zwei juristische Definitionen 495
4. Überprüfung der Definitionen anhand aller einschlägigen Fälle (extensional) 496
5. Resümee 497
III. Systematisierung innerhalb von Kodifikationen 499
1. Das zu ordnende Material: Die Verweisungen auf „Rückabwicklungssysteme“ im BGB 499
a) Einführung: Wie macht man ein Rechtsverhältnis rückgängig? 500
b) Die „Rückabwicklungssysteme“ im BGB 500
c) Verweisungen auf Rückabwicklungssysteme 501
d) Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisungen 502
2. Die Suche nach der inneren Logik der Verweisungen 502
a) Begriffsklärungen: Drei Unterscheidungen 504
b) Zwei „Referenzgebiete“ für Bereichsverweisungen: ungerechtfertigte Bereicherung und Rücktritt 504
c) Allgemeine Regeln und konkrete Folgerungen 504
3. Resümee 505

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Zum Abschluss 506

§ 20 Paradigmenwechsel 507

I. Enteignung und „Enteignung“ 507
1. Schwellentheorien versus Trennungstheorie 507
2. Gründe für die Trennungstheorie des BVerfG 508
a) Theoretisch: Vermeidung der „Crux“ des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG („Junktimklausel“) 509
b) Praktisch: Qualifikation als „Enteignung“ kein Präjudiz für Entschädigung 509
c) Die Kompetenzfrage: Wer entscheidet (quis iudicabit) über die Entschädigung? 510
d) Die politische Seite: Warum gerade *der Gesetzgeber* entscheiden soll 511
e) Die wirtschaftliche Seite: zur Höhe der Entschädigung 511
f) Eine letzte Ironie – und nochmals quis iudicabit 511
g) Zwischenfazit 512
3. Gründe für die Schwellentheorien 512
4. Resümee 513
II. Weitere Paradigmenkonflikte 514
1. Das Abstraktionsprinzip im Sachenrecht des BGB 514
2. Vorsatztheorie und Schuldtheorie im Strafrecht 514
3. Die Grundrechte im Umweltrecht 515
4. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft 516
5. Der Rechtsstaat: rule of law oder Rechtlieferungsstaat (law and order)? 517
III. Hintergrundvorstellungen vom Recht insgesamt 517
IV. Hintergrundvorstellungen von der Juristischen Methode 519

§ 21 „Gewinnung der Regel“: Das Verhältnis der Ebenen zueinander 521

§ 21a Intermezzo: Alte und Neue Juristische Methodenlehre (NJML) 523

I. Platon und das Neue an der NJML 523
II. Die herkömmlichen Juristischen Methodenlehren 525
1. Ein Curriculum 525
2. Das Problem: Wissen und Können 526
III. Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) 526
1. Uralte Methode des Rechts: die Antike Gerichtsrhetorik 527
2. Logik, Logik, Logik 527
3. Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS): Regel – Fall – Ergebnis 528
a) Einzelheiten zur Bildung der Regel 528
b) Einzelheiten zur Konstruktion des Falls 529
c) Einzelheiten zur Manipulation des Ergebnisses 529
4. Rechtliche Richtigkeit und Juristische Ästhetik („Gelungenheit“) 529
IV. Resümee: Schau hin! Schau genau hin! 529

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 4: Die Aufbereitung des Falls 531

§ 22 Die Relationsmethode („Relationstechnik") 533

I. Die fünf „Stationen" 534
1. Prozessstation (auch: Zulässigkeitsstation) 535
2. Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung) 535
3. Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung) 536
4. Beweisstation 537
5. Tenorierungsstation (auch: Entscheidungsstation) 538

II. Ergänzungen 539
1. Substantiierung (auch: Substanziierung) 539
2. Beweislast 540
3. Klage und Widerklage 541

III. Die Bedeutung der Relationstechnik 542
1. Zur Geschichte der Relationstechnik 543
2. Renaissance der Relationstechnik? Der neue § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO 544
3. Der Sinn und die Vernunft der Relation 546

§ 23 Die „Schemata" – und die Wirklichkeit „hinter" ihnen 548

I. Zwei Schemata aus dem Öffentlichen Recht 549
1. Das Prüfschema für Verwaltungsakte: Anwendungsvorrang und Geltungsvorrang 549
2. Ein Prüfschema für die Grundrechte: „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung" 551
a) Der Sinn: Machtverschiebung 552
b) Die Vorteile und Nachteile 553
c) Ein neuer Prüfungspunkt „Gewährleistungsbereich"? 554
d) Resümee 555

II. Im Strafrecht: „Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld" 555
1. Das Grundschema 555
2. Ausdifferenzierungen: Der Täter irrt sich – in verschiedensten Konstellationen 556
a) Die autoritativen Texte (das Gesetz) zu „Vorsatz" und „Unrechtsbewusstsein" 558
b) Folgerungen für das Grundschema 558
c) Die „Irrtumslehre" im Einzelnen 559
d) Insbesondere: Wo prüfe ich – im Grundschema – den „Erlaubnistatbestandsirrtum"? 560
e) Eine prüfpraktische Empfehlung – und eine Warnung 561
f) Hinter dem Schema: die praktischen Konsequenzen 561
3. Resümee: Schemata erfordern eine Art Maßkonfektion 562

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Die Schemata im Zivilrecht („Anspruch entstanden – Anspruch untergegangen“) 563
1. Die beiden Vorsortier-Schemata 564
2. Das Anspruchsprüfschema 565
IV. Schlussbemerkungen 566
1. Die Schemata sind nicht das geltende Recht – sie repräsentieren („abbilden) es nur 566
2. Schemata sind niemals perfekt 567
3. Die meisten Schemata kann man sich selbst erarbeiten 567
4. Schemata sollen die Arbeit erleichtern 568
5. Schemata „verdienen ebenso geachtet wie verachtet zu werden“ 569

§ 24 Der Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen 570

I. Die Logik als Sinnzusammenhang, der auf Sinnzusammenhänge verweist 570
II. Die Sinnzusammenhänge des Rechtsfalls 572
1. Der Sinnzusammenhang des Rechts 572
2. Die Sinnzusammenhänge „da draußen“ 572
a) Sinnzusammenhänge der Natur („naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten“) 573
b) Definition des Begriffs Sinn 573
c) Soziale Sinnzusammenhänge (Dresscodes, Funktionssysteme, …) 574
d) Geistige Sinnzusammenhänge (Fakt und Fiktion, Wahrheit und Lüge) 575
3. Die Sinnzusammenhänge der Vermittlung („Medien“) 575
a) Logik 576
b) Sprache 576
aa) Alltagssprache, Rechtssprache, Fachsprachen 576
bb) Das Spiel mit verschiedenen Sprachen: „Gefahr“ und „Risiko“ 577
cc) Sprache als Träger von Emotion 579
c) Ästhetik 579
d) Die menschliche Psyche/Persönlichkeit 581
III. Die Kommunikation zwischen den Sinnzusammenhängen 582

§ 24a Insbesondere: Die Ermittlung und Darstellung des Sachverhalts 583

I. Die Sinnzusammenhänge „da draußen“ verstehen („Sachverhaltshermeneutik“) 583
1. Die Regeln „da draußen“ 583
2. Die Interessen 584
3. Der Sachverhalt als Geschichte (story) 584
II. Die Wahrheitsfindung 586
1. Erneut: Die Naivität des juristischen Wahrheitsbegriffs 586
2. Die philosophische Rettung: Konvergenztheorie der Wahrheit 587

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Die Beweismittel 589
1. Die heutigen vier plus eins Beweismittel 589
a) Zeugen 589
b) Urkunden 590
c) Augenschein 591
d) Sachverständige 591
e) Parteivernehmung 592
2. Fragwürdige „Beweismittel“ 593
a) Folter 593
b) Gottesurteile 594
c) Eideshelfer und Leumundszeugen 594
d) Der sogenannte Lügendetektor 595
e) Gesetze und Gerüchte 595
IV. Die Verwertung der Beweise 595
1. Die Beweislast 596
2. Beweisregeln 596
3. Das sog. Beweismaß (Grad der Überzeugtheit): no reasonable doubt 597
V. Die „Sinnzusammenhänge der Vermittlung“ 599
1. Logik und Ästhetik 599
2. Sprachkritik 599
3. Ideologiekritik 600
4. Selbstkritik 602
VI. Die Darstellung des Sachverhalts 603
VII. Resümee 604

§ 24b Diverse Faktoren der Entscheidungsfindung 605
I. Die fachinterne Kommunikation 605
1. Einzelrichter und Kollegialgerichte 605
2. Das Vier-Augen-Prinzip 607
3. Die „Praxis“ und die (akademische Rechts-) „Wissenschaft“ 607
II. Kommunikation mit den „Außenwelten“ 610
1. Kommunikation von Anwalt und Mandant 610
2. Die Kommunikation des Gerichts mit Parteien, Angeklagten usw. 611
a) Unmittelbarkeit der Kommunikation 611
b) Richterliche Fürsorge versus Unparteilichkeit 612
3. Weitere Kommunikation mit Laien (insbesondere in Wirtschaft und Politik) 612
4. Kommunikation mit der Öffentlichkeit und den „Medien“ 614
a) Die Medien als Konkurrent des Rechts in Sachen „Wertung“ 614
b) Folgerungen für die juristische Methode: Im Zweifel nicht sofort 616
III. Die Kommunikation zwischen Gericht und Anwalt 618
1. Die Doppelrolle des Rechtsanwalts 618

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Anwaltliche Kreativität: Das Maastricht-Urteil 619
IV. Exkurs: Die Kommunikation mit den Studenten 621
1. Jurist werden! 621
2. Mehr Ermutigung zur eigenen Entscheidung 622
3. Die Studenten als Schnittstelle von Recht, Wissenschaft und Gesamtgesellschaft 623

§ 25 Der Fall als Labor für kreative Schlussfolgerungen 626
I. Kreativität („schöpferische Momente“) 627
1. Kreativität: ein relativer Begriff 627
a) Subjektive und objektive Neuheit 627
b) Die Erfindungshöhe 628
2. Kreativität und Wertung: etwas völlig anderes (Aliud) 628
3. Kreativität als Sache der Logik 629
II. Kreative Schlussfolgerungen I: Induktionen 629
1. Subsumtion (qualifizierende Induktion) 629
2. Die Bildung von Fallgruppen (quantitative Induktion) 631
III. Kreative Schlussfolgerungen II: Abduktionen 631
1. Innovation durch Interpretation des „Falls“ (Abduktion „vom Fall her“) 632
2. Innovation durch Interpretation der „Regel“ (Abduktion „von der Regel her“) 633
3. Innovation durch Interpretation des „Resultats“ (Abduktion „vom Resultat her“) 634
IV. Überleitung zum Kapitel 5 635

Kapitel 5: Die Manipulation des Ergebnisses 637

§ 26 Ergebnis – welches Ergebnis? 638
I. Rechtsfolgen und Außerrechts-Folgen („Realfolgen“, Kollateralfolgen) 638
II. Entscheidungsfolgen und Anpassungsfolgen („Steuerungswirkung“) 639
III. Zur Terminologie 641

§ 27 Offene Korrektur des Ergebnisses 642
I. Von „Herrenreiter“ zu „Soraya“: Korrektur des Gesetzes („Tatbestandslösung“) 642
1. Die Sachverhalte und das Ergebnis 642
2. Das Problem 644
3. Die Argumentationen 644
4. Der wahre Grund 646
5. Überflüssiges Beiwerk … 647
6. … und ein fortdauernder Skandal 648
7. Resümee 648

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Der „Türkischer-Onkel-Fall“: Nichtanwendung der Rechtsfolge („Rechtsfolgenlösung“) 648
1. Der Sachverhalt und das Ergebnis 649
2. Fortführung: Die Familientyrannen 651
3. Resümee 652
III. „Wunsiedel“: Bewusste Nichtanwendung des Gesetzes („Geltungslösung“) 652
1. Sachverhalt: Rudolf-Heß-Gedenktag 653
2. Das Problem 653
3. Die Lösung des Bundesverfassungsgerichts 654
4. Bewertung 654
5. Der wahre Grund 655
IV. Äquivalenz der methodischen Lösungen 656

§ 28 Sonderfall: Ergebniskorrektur durch Gesetz 657
I. Die Heilung von behördlichen Verfahrensfehlern 657
II. Die Fehlerfolgenlehre im Bauplanungsrecht 659
1. Der bodenrechtliche und bodenpolitische Rahmen 659
2. Die sogenannte Abwägungsfehlerlehre (klassisch) 660
3. Die Fehlerfolgenlehre („Planerhaltung“), klassisch 661
4. Neues Gesetz, totale Verwirrung 662
5. Die pragmatische Lösung: Klarheit von der Rechtsfolge her 663
6. § 1 Abs. 3 BauGB und die Windkraft: ein neuer Joker? 664
7. Zum heutigen Stand der „Abwägungsfehlerlehre“ 667
III. Resümee 667

§ 29 Verdeckte Korrektur des Ergebnisses 669
I. Die Interpretation „contra legem“ 670
1. Nochmals der Herrenreiter-Fall: „nur“ heißt auch „nicht nur“ 671
2. Auslandseinsätze der Bundeswehr: „ausdrücklich“ heißt auch „implizit“ 671
a) Der Fall und das Problem 672
b) Die Korrektur des Ergebnisses 672
c) Die Ergänzung des neuen Ergebnisses 675
d) Die wahren Gründe – und Gefahren für das Recht in the long run 675
II. Begriffliche Haarspalterei 676
1. „verfassungswidrig“ – „verfassungsfeindlich“: Radikalenerlass 676
2. „darauf ausgehen“ – „darauf ausgerichtet sein“: NPD-Verbotsverfahren 2017 678
a) Die Korrektur des Ergebnisses 679
b) Die Ergänzung des neuen Ergebnisses 679
c) Der wahre Grund und die mögliche Gefahr 680
III. Resümee und Überleitung zum Vierten Teil 681

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vierter Teil: Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit 683

Kapitel 6: Juristische Richtigkeit von innen (Ästhetik) 685

§ 30 Rechtliche Richtigkeit 686

I. Die „Paradoxie des Entscheidens“ 686
II. Ironie und Pathos (Rechtsethik) 688
1. Ironie: Es gibt keine rechtliche Richtigkeit, aber … 689
a) Böse Ironie: … wir schlagen das Recht mit seinen eigenen Waffen 690
b) Gute Ironie: … das Recht ist eine schöne Inszenierung 691
2. Pathos: Es gibt rechtliche Richtigkeit, auch wenn … 692
a) Schlechtes Pathos: … nur wir das Recht richtig erkennen 693
b) Gutes Pathos: … ich mir selbst nicht immer sicher bin 693
3. Ironie und Pathos als Polarität 693
III. Rechtliche Richtigkeit als „regulatives Ideal“ 695
1. Die Kritik der reinen Vernunft und ihre „Leitsterne“ 696
2. Gerechtigkeit als regulatives Ideal des Rechts 698
a) Die „Rechtsidee“ bei Gustav Radbruch 698
b) Das „Recht“ des Nationalsozialismus: Hitlers Zynismus 699
c) Gerechtigkeit als „Kontingenzformel“ 701
3. Rechtliche und juristische Richtigkeit als regulative Ideale der Jurisprudenz 702
IV. Resümee und Ausblick 703
1. Drei regulative Ideale 703
2. Logik, Ethik, Ästhetik 704

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik 705

I. Zum Begriff Ethik 705
1. Ethik als Philosophie der Moral – und des Rechts! 705
2. Die Ethik als Gesamtheit und ihre Bereichsethiken 708
a) Die Vielfalt „der“ Ethik 708
b) Bereichsethiken: Sachbezug und Personenbezug 709
3. Folgerungen für die Rechtsethik 710
a) Rechtliche Richtigkeit als Postulat der Ethik 710
b) Zum Ethos: Achtung vor dem Recht 711
c) Alternativen zum Recht 713
4. Resümee 714
II. Zum Begriff Ästhetik 714
1. Die klassischen Bereiche der Ästhetik 714
a) Ästhetik als Lehre von der Wahrnehmung (aísthēsis) 714
b) Ästhetik als Lehre vom Geschmack (je ne sais quoi, Takt, Stil) 715
c) Ästhetik als Lehre vom Schönen und Erhabenen (Baumgarten und Kant) 716

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Ästhetik als Theorie von „Urteilskraft“ und „Genie“, von Subsumtion und Regelbildung 718
e) Ästhetik als Theorie von Kunst und Design (und das Bundesverfassungsgericht) 721
2. Ästhetik und Wahrheit 723
a) Die Ästhetik des Syllogismus 724
b) Ästhetik und die Wissenschaften (Paradigmen, Narrative) 725
c) Das Konzept der besten Begründung/Erklärung (Lipton, Boyd) 727
3. Die Leistung von Ästhetik: Intersubjektivität im Nicht-Sagbaren 728
a) „Die“ Ästhetik als Gesamtheit und ihre „Bereichsästhetiken“ 729
b) Ästhetik als Management von Reflexionsbegriffen („Polaritäten“) 730
aa) Teil und Ganzes, Form und Materie, Selbst- und Fremdreferenz 730
bb) Subjekt und Objekt, Individuum und Allgemeinheit, Innenwelt und Außenwelt 732
cc) Alt und Neu, konservativ und fortschrittlich 733
c) Intersubjektivität durch Ästhetik: Stil und Gespür 734
4. Gelingen und Gelungenheit 736
a) Gelingen/Misslingen als Unterfall von „richtig/falsch“ 736
b) Gelungenheit als regulatives Ideal 737
c) Gelungenheit als Zeichen für konkrete Vernünftigkeit (concrete reasonableness) 737
5. Kriterien der Gelungenheit 738
a) Bereichsspezifisch: zu den Sachen selbst! 738
b) Bereichsunabhängige Kriterien 739
aa) Zusammenklang von Ergebnis und Herstellung 739
bb) Orientierung am Muster, am Vorbild, am Standard 740
cc) Expressivität 740
dd) Harmonie, Stimmigkeit: Angemessenheit nach angemessenen Standards 741
6. Anstelle einer Zusammenfassung: Was ist ästhetische Qualität? 741
III. Resümee und Ausblick 742

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz 743
I. „Historische“ Ansätze 743
1. Rudolf von Jhering 743
2. Gustav Radbruch, Heinrich Triepel, Hugo Marcus 744
II. Juristische Rhetorik und Dialogik (Jurisprudenz als téchnē) 746
1. Die „Mainzer Schule“: Viehweg, Ballweg, Struck, Schreckenberger, Seibert 747
2. Dialogik und Jurisprudenz: Rolf Gröschner 748
3. „Sachlichkeit“: Katharina Sobota/Gräfin von Schlieffen 749
4. Lehrbücher: Fritjof Haft und Wolfgang Gast 750
5. Exkurs: „Rhetorik für Juristen" 751

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Neuere Ansätze 751
1. Rechtsästhetik: Daniel Damler 751
2. Rechtsästhetik: Weitere Ansätze 752
IV. Die NJML (Neue Juristische Methodenlehre)/Kritik der juristischen Vernunft 753
1. Pragmatismus und Jurisprudenz 753
2. Ästhetik als Anfang und Ende des „juristischen Denkens" – und Handelns 754
3. Kritik der juristischen Vernunft 754

§ 33 Juristische Ästhetik I: Vertretbarkeit und Gelungenheit 755

I. Gelungenheit als juristische Kategorie 755
1. Allgemeine Akzeptanz … 756
2. … eines ästhetischen Begriffs 756
II. Die Große Vermittlerin: Vertretbarkeit 757
1. Entscheidung – Ergebnis – Begründung 757
2. richtig/falsch – vertretbar/nicht vertretbar 758
a) Die Perspektive des Rechts: „vertretbar" = eigentlich falsch, aber noch … 758
b) Die Perspektive der Jurisprudenz: „vertretbar" = alles richtig, solange noch … 758
3. Die Janusköpfigkeit (das Doppelgesicht) der Vertretbarkeit 759
4. Vertretbarkeit: eine Definition 760
5. Gelungenheit und Misslungenheit 761
III. Gelungenheit und die „bessere Entscheidung" 762
1. Der Wettbewerb (contest) zweier Artefakte (Syllogismen, VJS) 762
2. Der Zusammenklang von Ergebnis und Begründung („Wertung") 763
3. Angemessenheit nach angemessenen Kriterien 764
4. Expressivität: Der emotionale Gesamteindruck 764
5. Die Orientierung am Präjudiz („Schimmel") und die Wirkung als Präjudiz („alt und neu") 766
6. Stimmigkeit: Dogmatik und die sonstigen Bereiche der Wirklichkeit 767
7. Die Entscheidungssituation als Reduktion von Komplexität 768
IV. Resümee: Vier Kernaussagen 769

§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit 770

I. Gelungenheit: Checklisten 771
1. Checkliste 1: Der österreichische Verfassungsgerichtshof 771
2. Checkliste 2: Das deutsche Bundesverfassungsgericht 771
3. Folgerung: method first – und Zuständigkeit 772
4. Exkurs: Das anthropologische Kreuz der Entscheidung 773
II. Die Regeln der Kunst: Ein neuer Kanon (eine neue Heuristik) 775

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IIa. Regeln I: Verbote 776
1. Verstöße gegen die Regeln der Logik (einschließlich Begriffsbildung) 776
a) Zirkelschluss und petitio principii 777
b) Widersprüchliche Aussagen (ex contradictione quodlibet) 779
c) Doppeldeutigkeit: ein Wort, zwei Begriffe (Äquivokation, Quaternio terminorum) 780
aa) Enteignung und „Enteignung“ 780
bb) Erinnerung und „Erinnerung“ oder: Notare sind auch nur Menschen – zugleich ein Exempel doppelter Misslungenheit – 781
d) Weitere logische Fehler 786
2. Das Verbot des Überflüssigen (ratio decidendi versus obiter dictum) 788
IIb. Regeln II: Gebote 789
1. Das Gebot der Sachnähe 790
a) Fallnähe und Textnähe 790
b) Insbesondere: Die sogenannten „Obersätze“ der obersten Gerichte 792
aa) Obersätze und „Obersätze“ 792
bb) Intensionale Überdetermination („wir texten uns zu“) 793
cc) „Wertende Gesamtbetrachtrung“ (um vor lauter Bäumen den Wald zu erkennen)? 794
dd) Ein Plädoyer für schöne Untersätze 794
c) „Kontextualisierung“ und Narrativität 796
2. Das Gebot der Vollständigkeit 797
a) Sünde Nr. 1: Unvollständige Zitate – Notare sind auch nur Menschen (Reprise) 797
b) Sünde Nr. 2: Unvollständig abgearbeitete Gesetze – die Windkraft-GmbHs 797
c) Sünde Nr. 3: Selektive Auswertung des Sachverhalts 799
d) Widerlegung der Gegenargumente 801
3. Das Gebot der Geschlossenheit oder: Der Zauber syllogistischer Begründung 801
IIc. Regeln III: Empfehlungen 801
1. Angemessenheit des Begründungsaufwandes 802
a) Qualität und Quantität 802
b) Je-desto-Formeln 803
2. Stilfragen im engeren Sinn 803
a) Die üblichen juristischen Stilfehler 804
b) Wege zu besserer Verständlichkeit 805
c) Zum Abschluss: Klemmstil anno 2022/23 – Grundsteuererklärung 806
III. Die „Gesamtschau“ (Kohärenz, Stimmigkeit) 807
IV. Zwei Tipps zum Abschluss: Die Darstellung des Sachverhalts 807

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 7: Juristische Richtigkeit von außen (Verhaltensökonomie) 809

§ 35 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie) 810

I. Die knappen Ressourcen 811
1. Aufmerksamkeit 811
2. Durchhaltevermögen 812
II. Die beiden „Systeme" im Denkapparat (mind) 813
1. System 1 und System 2: „Intuition" versus (bewusste) Methode 813
2. Das Verhältnis der beiden Systeme zueinander 814
3. Das Verhältnis der beiden Systeme zur Realität 814
III. Heuristiken und Biases 816
1. Vorweg: Zur Begrifflichkeit 816
2. Heuristiken: wenn das Bauchgefühl schnelle Lösungen findet 817
a) Simple Allerweltsheuristiken (ein einfacheres Problem lösen, Halo-Effekt etc.) 817
b) Expertenwissen 818
3. Biases: wenn Bauchgefühl allein inadäquat (unangemessen) ist 819
IV. Die Basic Biases (Grund-Verzerrungen) der Wahrnehmung 820
1. What You See Is All There Is (WYSIATI) 820
2. Verlustaversion 821
3. Selbstüberschätzung 822
a) Überbewertung des eigenen Beitrags 822
b) Expertenillusion 823
c) Sonstiges (Planungsfehler, Autofahrer und Professoren) 823
4. Die Blindheit für Statistik 824
5. Verzerrungen? Prädispositionen! 825
V. Klassische Anwendungsfälle der Basic Biases 825
1. Den Rahmen bestimmen: Framing 826
2. Einen Fixpunkt setzen: Anchoring 826
3. Statistik: Note „mangelhaft" 827
a) Statistik oder Kausalität? Die Regression zum Mittelwert 827
b) Statistik oder Einzelfall, Wahrscheinlichkeit versus Plausibilität (Linda) 827
4. Rückschaufehler (hindsight bias) 828
VI. Vernünftigkeitsstrategien (strategies of reasonableness) 830
1. Die (hier so bezeichnete) Große Kompetenzformel (für System 1 und System 2) 830
2. Abstand gewinnen: Die Preußische Beschwerdeordnung 831
3. Checklisten: Der APGAR-Score bei Neugeborenen 831
4. Das Framing (den Horizont) erweitern: Über den Einzelfall hinaus denken 832

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Das Vertrauen in Experten prüfen 833
6. Weitere Strategien 834
a) Eine Außensicht gewinnen, insbesondere: Prognosen korrigieren 834
b) Wie ein Händler denken: Güter zum Tausch und Güter zur Nutzung 835
7. Die (hier so bezeichnete) Methodologische Großformel 835
VII. Ausklang 836

§ 36 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft) und Neue Juristische Methodenlehre (NJML) 837

I. Vorweg: Der confirmation bias (Bestätigungs-Verzerrung) 837
II. Die NJML im Licht der Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie 838
1. „Wertungen" als Sache von – zunächst – System 1 838
2. Allerweltswertungen und rechtliches Expertenwissen 838
3. Logik als Brücke zwischen System 1 und System 2 840
a) System 1 als der Ort unbewussten Schlussfolgerns (jumping to conclusions) 840
b) System 2 als Ort des syllogistischen Durchrechnens 840
c) Abduktionen als Brücke zwischen System 1 und System 2 840
4. Rechtliche Vernünftigkeitsstrategien 841
a) Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) als „gutes Framing" 841
b) Dogmatik als weitere Erweiterung des Framings (Horizonts) 842
c) Relationstechnik und Schemata 843
d) Das letzte Wort des Angeklagten und Regeln zum Abstimmungsverhalten in Gremien 843
5. Konditionalprogramme statt Statistik und Prognose 843
III. Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie im Licht der NJML 844
IV. Zum Abschluss: Im Maschinenraum der Gesellschaft 845

Fünfter Teil: Ausblicke 847

§ 37 Rechtsberatung 848

§ 37a Kautelarjurisprudenz, insbesondere Vertragsgestaltung 849

I. Zum Stand der Lehre 850
1. Kein methodologisches „Allgemeingut" 850
2. Rückblick: Die Antike Gerichtsrhetorik 852
II. Die Arbeitsschritte (Zeitdimension) 853
1. Zwei Vorschläge aus der Literatur 853
2. Rückblick: Die Relationstechnik der „Dezisionsjuristen" 854
3. Ein neuer Vorschlag für die Kautelarjurisprudenz („Vertragsjuristen") 854
III. Die Schemata (Sachdimension) 856
1. Ein Grobschema: Das Wichtigste zuerst 856
a) Die Essentialia negotii 856

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Vollzug des Geschäfts 857
c) Regelung von Störfällen 857
d) Sonstiges 857
2. Das Grobschema ausfüllen: Vertragsarten 858
a) Differenzierung nach dem wirtschaftlichen Zweck 858
aa) Austauschverträge 858
bb) Gesellschaftsverträge 859
cc) Vergleichsverträge 860
dd) Unentgeltliche Verträge 861
b) Differenzierung nach Rechtsgebieten 861
aa) Sachenrecht 862
bb) Familien- und Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht 863
cc) Sonstiges Privatrecht 864
dd) Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsverträge 864
c) Differenzierung nach dem Komplexitätsgrad 866
aa) Mehrere Beteiligte („multipolare Rechtsverhältnisse“) 866
bb) Mehrere Vertragsarten, Rechtsgebiete, Rechtsordnungen 867
d) Schlussgag: das deutsche Steuerrecht 867
IV. Die Maßarbeit (Sozialdimension) 868
1. Hauptziel: Die Absicherung gegen Risiken 869
2. Grenzen der Gestaltungsfreiheit: Zwingendes und dispositives Recht 869
3. Gestaltungsvarianten: von der Rechtsfolge her denken 870
a) Eine Vielzahl von VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismen) 870
b) Logik, Logik, Logik – und Kreativität 871
4. Gestaltungsvarianten: vom (Gesamt-) Ergebnis her denken 872
a) Der Vorrang der Interessen 872
b) Orientierung an „Werten“? 872
5. Auswahlkriterien 873
a) Im Zweifel für die sicherste Lösung 873
b) Ökonomische Kriterien („Je-desto-Formeln“) 874
c) Fairness-Kriterien: Konfliktvermeidung und Umgang mit Unsicherheiten 874
d) Primat des beiderseitigen Vorteils 875
V. Recht als Instrument: Schlussbemerkungen 875
1. „Wir produzieren Vertrauen“ 875
2. Rechtliche Richtigkeit? 876
3. Die Juristenausbildung breiter aufstellen! 876

§ 37b Forensische Tätigkeit (Litigation) 878

I. Zivilprozess 878
II. Ein Kapitel für sich: Strafverteidigung 879
1. Der methodische Kernbereich: die StPO (Strafprozessordnung) 880
2. Die Peripherie: Biases 882
3. Der Strafprozess: Nur noch etwas für „Praktiker“? 882

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Verwaltungsprozess 883
IV. Verfassungsgerichtliche Verfahren 884

§ 37c Die Logik und die Ästhetik der Rechtsberatung 886

§ 38 Gesetzgebungslehre (Legistik) 887

I. Zum Stand der Lehre 888
1. Das epochale Werk: Peter Noll, Gesetzgebungslehre (1973) 889
2. Die weitere Entwicklung 891
3. Resümee und Überleitung 892
II. Die Arbeitsschritte 893
1. Materialsammlung (inventio) 893
a) Problemstation: Wo liegt der Konflikt? 894
b) Sachverhaltsstation (Tatsachen- und Rechtsfragen) 894
c) Interessen- und Risikostation (Gesetzesfolgenabschätzung) 895
d) Gewichtungsstation 896
2. Erste Entwürfe (dispositio) 896
3. „Beratung" und Verhandlung der Varianten („Basarstation") 897
4. Endgültiger Entwurf (dispositio) 899
5. Entscheidung und Verabschiedung (pronuntiatio) 900
III. Die Schemata 901
1. Drei Checklisten aus der Praxis 901
2. Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit 903
IV. Maßarbeit – und die größten Missstände 904
1. Formelles Gelingen und Misslingen (Verfahren und Form) 905
a) Föderalismus: viele Köche (und die blackbox Vermittlungsausschuss) 905
b) Artikelgesetze („Mantelgesetze"; „Omnibusverfahren"): Gefahr sachwidriger Koppelung 906
c) Abarbeiten von Koalitionsverträgen 907
2. Materiell-inhaltliches Gelingen oder Misslingen 908
a) Die Kernmethode: „umgekehrte Subsumtion" 908
b) Einzelheiten 910
aa) Nichts Überflüssiges, nichts Unklares 910
bb) Die richtige Abstraktionshöhe 911
c) Die Frage der „Wertung" … 911
d) … ist eine Frage der besseren Entscheidung 912
V. Sonderkonstellationen 913
1. Einzelfallgesetze 913
a) Maßnahmengesetze 913
b) Subsumtionsgesetze 914
2. Verfassunggebung 915
3. Outsourcing 917
a) Arten von Outsourcing 917

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Bedenken gegen und Gründe für Outsourcing („Ministerialdemokratie“) 918
VI. Fazit: Mehr Respekt vor dem Recht! 919
VII. Zum Schluss: Machiavelli, Rousseau, Montesquieu 920

§ 39 Juristische Meta-Diskurse 922

I. Traditionelle Meta-Diskurse 922
1. Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz 923
2. Topik und Freirechtsschule 923
3. Positivismus – welcher Positivismus? 924
4. Recht und Sprache, Rechtslinguistik, Semiotik 926
5. Die Rezeption von Diskurstheorie (Habermas) und Systemtheorie (Luhmann) 927
II. Aktuellere Meta-Diskurse 929
1. Dogmatik 929
a) Bestandsaufnahme 929
b) Begriffsbestimmungen und Platzzuweisungen 932
c) Zwischenfazit: Was Dogmatik nur oberflächlich ist 933
d) Dogmatik als Lehre von rechtlicher und juristischer Richtigkeit 934
2. Wissenschaftlichkeit 935
3. Einzelne Ansätze 938
a) Die Bielefeld-Potsdamer Kolloquien 938
b) „Methodenstreit“ im Öffentlichen Recht? 938
c) Kritik am Recht „als Metaphysik“ 939
d) Expositives Recht 939
III. Methodenlehre: zwischen Kärrnersarbeit und „Kulturteil“ 940
IV. Zum Abschluss 942

§ 40 Die Vernünftigkeit des Rechts 943

I. Zum Titel „Kritik der juristischen Vernunft“ 943
1. Was heißt Kritik? 943
2. Was heißt Vernunft? 944
3. Juristische Vernunft 946
II. Die Logik und die Ästhetik des Rechts 947
1. Die Logik des Rechts: Folgerichtige Entscheidungen 947
2. Die Ästhetik des Rechts: Richtige Wahrnehmung 948
a) Schritt 1: Richtig hinschauen, richtig zuhören. 949
b) Schritt 2: Richtig verstehen. 949
c) Schritt 3: Richtig benennen. 950
d) Schritt 4: Richtig bewerten. 951
e) Schritt 5: Richtig begründen. 951
3. Die Ästhetik des Unrechts 952
4. Resümee: Respekt, Disziplin, Gesamtschau 953

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Die zweitbeste Lösung 954

Danksagungen 955

Sachverzeichnis 957

Personen (Auswahl) 981

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erster Teil: Einführung

Der Erste Teil dieser „Neuen Juristischen Methodenlehre“ (NJML) will nicht wirklich „nett“ sein. Er will nicht damit angeben, wie praxisrelevant diese Lehre sein wird, er will auch noch nicht zu einer bestimmten und richtigen Grundeinstellung zur juristischen Methode bekehren (am Ende aber schon dafür plädieren). Vielmehr möchte dieser Erste Teil – wirklich in aller Bescheidenheit – ein wenig den Bildungshorizont erweitern: den Bildungshorizont von Juristen, die auch einmal über den Tellerrand ihrer strengen Berufsdisziplin schauen wollen. Aber auch den Bildungshorizont von Nicht-Juristen, die ein wenig Einblick in das gewinnen wollen, was Juristen wirklich tun. 1

Aus diesem Grund soll in § 1 zunächst die Geschichte der Begriffe „Methodenlehre“ und „Juristische Methodenlehre“ erzählt werden – soweit ich sehe, ist dies so noch nicht geschehen. (Wem es zu sehr ins Detail geht, kann die Abschnitte II 3 und 4 „querlesen“.) In § 2 werde ich dann die Antike Gerichtsrhetorik vorstellen, denn sie enthält in äußerst knapper Form bereits das Grundgerüst der heutigen juristischen Arbeitstechnik – was uns als Juristen zugleich stolz und demütig machen sollte.

Insgesamt ist diese „Einführung“ somit eher eine Hinführung. So richtig ernst wird es erst ab dem Zweiten Teil. 2

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 1 „Methode“ und „Methodenlehre“

1 Die Begriffe „Methode“ und „Methodenlehre“ sind in ihrer heutigen Bedeutung relativ jung (Methode) bis sehr jung (Methodenlehre). Für uns von Interesse ist, was man von beiden erwarten darf: eine Garantie für „rechtlich richtige“ Entscheidungen? oder eher ein Arsenal von Argumenten, um sich in einem Streit um Rechtsfragen „wie auch immer“ durchzusetzen?

I. Der Begriff „Methode“

1. Ursprung und Bedeutung bis zum Mittelalter

2 Das Wort „Methode“ kommt aus dem (Alt-) Griechischen. *hḗ hodós* ist der Weg, *metá* bedeutet „nach“ im Sinne von „hin zu“ (es kann aber auch „nach“ im Sinn von „hinter“ bedeuten, so im Wort Metaphysik: das, was sich hinter der Natur – *phýsis* – befindet). *Mét-hodos* ist daher schon im Altgriechischen der „Weg, etwas zu erreichen“ und im übertragenen Sinn der „Gang der Untersuchung“.[1]

3 Der heutige Begriff von „Methode“, genauer: wissenschaftlicher Methode, hat seinen Ursprung in der Neuzeit, genauer im 17. und 18. Jahrhundert. Zuvor, also in der Antike und im Mittelalter, gab es eine Vielfalt von „Methoden“ geistiger Arbeit – so vielfältig, dass es für sie noch keinen Oberbegriff gab und die Methoden auch nicht immer Methoden genannt wurden. Bei Aristoteles (384–322 v.Chr.) zum Beispiel enthalten die ersten beiden „Analytiken“ das, was wir heute die (vor allem deduktive) Logik nennen. Platon (428/7–348/7 v.Chr.) nennt die letzte und höchste Disziplin der wissenschaftlichen Ausbildung „Dialektik“ – was man am besten mit Argumentationstheorie übersetzen kann, vielleicht sogar mit Logik (im Sinn einer „Mathematik hinter dem Argumentieren“[2]).

4 Von „Logik“ spricht man offenbar seit der Stoá (2. Jhdt. v. Chr. – 2. Jhdt. n. Chr.), allerdings fasste man unter diesem Namen die schon genannte „Dialektik“ und die Rhetorik (!) zusammen. Verbreiteter war es freilich, die Rhetorik – ganz ebenso wie z.B. die Medizin – als „Kunst“ oder besser „Kunstlehre“ zu verstehen, auf Griechisch *téchnē*, auf Latein *ars*. In diesem Sinn hat etwa Thomas von Aquin (1225–1274) *methodus* und *ars* gleichgesetzt. Der Begriff *methodus* – übrigens: *die* methodus (femininum und Betonung auf der ersten Silbe, kurzes „e“) – taucht im Mittelalter aber auch als Unterbegriff zur Dialektik auf („vier Methoden der Dialektik“).[3]

---

1 *Wilhelm Gemoll*, Griechisch-deutsches Schul- und Handwörterbuch, 9. Aufl. o.J., S. 489.

2 *Joachim Lege*, „Politeía“ – Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 166–170; dort auch zum realen Hintergrund dieser Ausbildung: Erziehung der „Wächter“ (*phýlakes*), aus denen dann – nach langer Bewährung in der Praxis! – die Philosophen-Herrscher ausgewählt werden.

3 Zum gesamten Absatz: *Joachim Ritter, Fritz-Peter Hager, Michel Lemoine, Ludger Oeing-Hanhoff*, Methode I, II, III 1 und III 2, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), HWPh (Historisches Wörterbuch der Philosophie), Band 5, Basel 1980, Nachdruck Darmstadt 2019, Sp. 1305 f. (Antike), 1308 (Thomas), 1309 f. (vier Methoden); *Kuno Lorenz*, Logik II, in: HWPh, Band 5, Basel 1980, Sp. 362 (Stoá).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. René Descartes‘ „Discours de la méthode” (1637)

Initialzündung für den heutigen Begriff von wissenschaftlicher Methode ist dann ohne Zweifel René Descartes (1596–1650) mit seinem berühmten „Discours de la méthode“ von 1637, voller Titel *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences* („Abhandlung über die Methode zur guten Steuerung seiner Vernunft und zur Wahrheitssuche in den Wissenschaften“). In diesem äußerst schmalen Büchlein wird „Methode“ zu etwas dezidiert *Normativem*[4]: Wenn man der dort vorgeschlagenen Methode folgt – und *nur* wenn man ihr folgt –, ist man auf dem richtigen Weg zur Wahrheit. Dabei bestand das revolutionär Neue dieser Methode darin, die Wahrheit zu suchen, ohne zuerst die alten Autoritäten zu befragen: insbesondere nicht die Bibel und Aristoteles, so wie sie in der Tradition der Scholastik[5] gelehrt wurden (Descartes war an einer berühmten Jesuitenschule ausgebildet worden). Stattdessen, so erzählt[6] Descartes, habe er vier „Regeln“ gefunden: 5

> „Die *erste* war: niemals eine Sache als wahr anzunehmen, die ich nicht als solche evidentermaßen erkannt haben würde; das heißt: sorgfältig Übereilung und Voreingenommenheit zu vermeiden; und in meinen Urteilen nichts mehr zu umfassen als das, was sich meinem Geist so klar und so deutlich vorstellt [*présenterait si clairement et si distinctement*, auf Latein: *clare et distincte* (mit langem „e“)], dass ich gar keine Möglichkeit hätte, daran zu zweifeln. 6
>
> Die zweite: jede der Schwierigkeiten, die ich untersuchen würde, in so viele Teile zu zerlegen, wie es möglich und wie es erforderlich ist, um sie besser zu lösen.
>
> Die dritte: meine Gedanken geordnet zu führen, beginnend mit den einfachsten und am leichtesten zu erkennenden Objekten, um nach und nach, gleichsam stufenweise, aufzusteigen bis zur Erkenntnis der kompliziertesten (…).
>
> Und die letzte: überall so vollständige Aufzählungen und so umfassende Übersichten zu machen, dass ich sicher wäre, nichts auszulassen.“[7]

Im Einzelnen und im Grundsätzlichen lässt sich an dieser Methode viel kritisieren, vor allem erstens: die Erhebung, ja Überhebung der subjektiven Überzeugung des Einzelnen zum Kriterium der Wahrheit; zweitens die Überzeugung, mit Hilfe dieser Methode zu endgültigen Wahrheiten zu gelangen – etwa zu der Wahrheit, dass Gott und die menschliche Seele existieren (dies „beweist“ Descartes im Vierten Kapitel des „Discours“). Insgesamt aber ist und bleibt der *Grundton* des „Discours“ eindeutig 7

4 Unter „Norm“ versteht man eine Vorschrift, vor allem aber auch ein Richtmaß, man denke nur an die (nicht-staatlichen!) DIN-Normen.

5 Als Scholastik bezeichnet man seit dem 18. Jahrhundert die Philosophie – oder vielleicht besser „Denkform“ – des Mittelalters. Sie ist von der Theologie dominiert und verfährt typischerweise nach einer bestimmten – eben scholastischen – Methode, die sich recht spitzfindig aus Fragen, Antworten, Einwänden und den dann schlagenden Gegenargumenten zusammensetzt. Schönes Beispiel: *Thomas von Aquin*, Summa Theologica I-II, Frage 90, zum Begriff des Gesetzes (Parallelübersetzung in: Die deutsche Thomas-Ausgabe, Band 13, Heidelberg etc. 1977, S. 3–15). – Die Summa Theologica, entstanden ca. 1265 bis 1273, will als monumentales Werk das gesamte damalige philosophische und theologische Wissen zusammenfassen; sie blieb unvollendet.

6 Die Schrift kommt in der Tat als ein sehr persönlicher, autobiographischer Bericht daher. Descartes berichtet darin u.a., er habe sie in Neuburg an der Donau verfasst, im Winterlager des bayerischen Heeres im (damals noch nicht so genannten, er war ja noch nicht vorbei) Dreißigjährigen Krieg (1618–1648). Ohnehin kann man das Werk durchaus als „populärwissenschaftlich“ bezeichnen.

7 Übersetzung nach *René Descartes*, Discours de la Méthode/Bericht [?] über die Methode, französisch-deutsch, Stuttgart 2009, S. 38–41.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neuzeitlich-„modern". In den berühmten Worten Immanuel Kants (1724–1804): „Habe Muth, dich deines *eigenen* Verstandes zu bedienen (…)".[8]

Allerdings sollte man die ironische Brechung im ersten Satz des „Discours" nicht unterschlagen: „Der gesunde Menschenverstand (*bon sens*)[9] ist die bestverteilte Sache der Welt, denn jedermann meint, damit so gut versehen zu sein, dass selbst diejenigen, die in allen übrigen Dingen schwer zu befriedigen sind, davon gewöhnlich nicht mehr haben wollen, als sie schon haben."[10]

Und es bleibt hinzuzufügen: Vorbild war für Descartes (wie übrigens auch für Hobbes) die Mathematik, die damals ungeheure Fortschritte machte, z.B. durch die Erfindung des Koordinatensystems und der Differentialrechnung.

3. Zur heutigen Lage

8 Die heutige Lage lässt sich sehr grob durch einen Gegensatz charakterisieren, der freilich kaum konsequent durchzuhalten ist. Auf der einen Seite stehen die „exakten" Natur- und Ingenieurwissenschaften, auf der anderen Seite die sogenannten Geisteswissenschaften, auf Englisch *Humanities*. Die Naturwissenschaften zeichnen sich durch mehr oder weniger mathematische Verfahren aus („Naturgesetze", Statistik) und durch eine mehr oder weniger „harte" Gegenstandswelt, an der Experimente scheitern können. Die Geisteswissenschaften hingegen können schwerlich mit derselben Exaktheit vorgehen, wenn sie ein literarisches Werk oder ein historisches Ereignis deuten und bewerten. Man sollte freilich nicht unterschätzen, dass auch hier Aussagen, die allen Quellen widersprechen, als widerlegt gelten können (ich denke an Holocaust-Leugner).

In der Fachphilosophie hat man den geschilderten Gegensatz mit der Formel „Erklären versus Verstehen" zu einem Grundlagenstreit stilisiert. Ein vermittelnder Klassiker ist das Buch „Explanation and Understanding" (1971) des finnischen[11] Philosophen Georg Henrik *von Wright* (1916–2003).[12]

Bei meiner interdisziplinären Zusammenarbeit mit Naturwissenschaftlern[13] habe ich allerdings die Erfahrung gemacht, dass diese oft ganz zwanglos formulieren: „Das ist noch nicht/noch nicht vollständig *verstanden*."

9 Was die Sozialwissenschaften angeht, so wird die Soziologie teils „naturwissenschaftlich" betrieben (Statistiken), teils aber auch als eher spekulative „Theorie der Gesellschaft" – wobei man darüber streiten kann, ob dies dann nicht ein Etikettenschwindel ist. Insbesondere kann man fragen, ob Niklas Luhmann (1927–1998), der viele Juristen geprägt hat, nicht in Wahrheit ein Philosoph ist.

---

8 *Immanuel Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (1783), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band XI, Frankfurt a.M. 1977, S. 53–61 (Hervorhebung im Original).

9 … also nicht die Vernunft (*raison*)!

10 Ganz ähnlich übrigens *Thomas Hobbes*, Leviathan (1651), Frankfurt a.M. 1984, Kapitel 13.

11 Man spricht das „gh" in seinen Namen deshalb als ein hartes „ch" (wie in „Dach").

12 Deutsch: *Georg Henrik von Wright*, Erklären und Verstehen, 3. Aufl., Meisenheim 1991.

13 Am Institut für Technik- und Umweltrecht (ITUR) der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden; siehe etwa *Joachim Lege*, Das Recht der Bio- und Gentechnik, in: Martin Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, Berlin etc. 2003, S. 669–805.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Interessanterweise galt die Psychologie ursprünglich als Geisteswissenschaft, sie hat sich aber seit dem 20. Jahrhundert zu den Naturwissenschaften geschlagen. Bemerkenswert: Auch in der Psychologie gibt es – wie in der Jurisprudenz – Lehrbücher zur Methodenlehre[14] und sogar – anders als in der Jurisprudenz – ganze Lehrstühle, die ihr gewidmet sind.[15]

Die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft (wie die Ethik) steht in gewisser Weise zwischen den beiden idealtypischen Modellen. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts kann man in der deutschen juristischen Selbstreflexion zwei Extrempositionen unterscheiden. Die erste Position ist das klare Bekenntnis zu einer geisteswissenschaftlichen Methode, insbesondere zur sogenannten Hermeneutik (das ist die Lehre von Verstehen – altgriechisch *hermeneús* = Dolmetscher). Hauptwerk ist insoweit das Buch „Wahrheit und Methode" (1960) des Fachphilosophen Hans-Georg *Gadamer* (1900–2002) – das übrigens seinerseits die juristische Methode als Beispiel für die Möglichkeit hermeneutischer „Wahrheit" heranzieht.[16] 10

Die zweite Position orientiert sich an der Wissenschaftstheorie des sogenannten Kritischen Rationalismus, der von dem Physiker, dann aber auch Philosophen Karl Raimund *Popper* (1902–1994) begründet wurde.[17] Kern dieser Lehre ist die Überzeugung, dass man in der Wissenschaft – anders als Descartes annahm – niemals eine absolute Wahrheit erreichen könne (oder in den normativen Wissenschaften: Richtigkeit). Es gebe immer nur einen gegenwärtigen Stand unseres Irrtums, und man könne nicht einmal beweisen, dass es eine Realität gibt – allerdings sprächen überwältigend viele Gründe dafür.[18] Gerade in der Juristischen Methodenlehre hat dies Anklang gefunden (s.u. Rn. 24, 26). 11

Für einen ersten, holzschnittartigen Überblick zum Begriff „Methode" mag dies reichen.

II. Methodenlehre

1. Die sogenannte „Logik von Port-Royal" (1662)

Hinter dem Begriff „Methodenlehre" steckte ursprünglich eine Relativierung des revolutionären Wahrheitsanspruchs, den Descartes' „Methode" erhob. Der Sache nach geht er nämlich zurück auf die erstmals im Jahr 1662 (damals anonym) erschienene 12

14 *Rainer Westermann*, Wissenschaftstheorie und Experimentalmethodik. Ein Lehrbuch zur psychologischen Methodenlehre, Göttingen etc. 2000. *Thomas Schäfer*, Methodenlehre und Statistik, Wiesbaden 2016, verortet die Psychologie „an der Schnittstelle zwischen Natur- und Geisteswissenschaften" (und betreibt dann im Wesentlichen Statistik).

15 Etwa in Berlin, Kiel, Jena, Marburg, Heidelberg, München. – In anderen Wissenschaften scheint es die Methodenlehre nicht in gleicher Weise als selbstständiges „Fach" zu geben. In den harten MINT-Fächern (Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft, Technik) und in der Medizin haben allerdings sogenannte Propädeutiken (Einführungen in die Methodik) Tradition.

16 *Hans Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode, 3. Aufl., Tübingen 1972, S. 307–323.

17 Hauptwerk: *Karl Raimund Popper*, Logik der Forschung, 11. Aufl., Tübingen 2005 (Erstauflage Wien 1935); eher für ein allgemeines Publikum: *Karl Raimund Popper*, Objective Knowlegde (1972), deutsch: Objektive Erkenntnis, Hamburg 1993.

18 Siehe zu Popper und Descartes auch *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 91–96, 184–187, 199–201.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sogenannte „Logik von Port-Royal" der beiden Franzosen Antoine Arnauld (1612–1694) und Pierre Nicole (1625–1695). Der eigentliche Titel des Werkes lautete „La logique ou l'art de penser" – „Die Logik oder die Kunst des Denkens".

In diesem Werk nun wird die „Methode" der Logik untergeordnet, und zwar im Vierten und letzten Teil des Buches (*De la méthode*). Die drei vorangehenden Teile hingegen folgen einer seither[19] kanonischen Einteilung der „klassischen" Logik in die Lehre von den Begriffen (*idées*), von den Urteilen (*jugements*) und vom Schlussfolgern (*raisonnement*), insbesondere von den Syllogismen – wir kommen darauf zurück (§ 5).

> Der Begriff „Kanon" ist Juristen in Gestalt der vier *canones* der Auslegung überaus geläufig (Wortlaut, historisch, systematisch, teleologisch, s.u. § 15d). – Das griechische Wort *kanṓn* bedeutet ursprünglich „Rohrstab, gerader Stab", sodann auch „Stab, mit dem man etwas misst", schließlich übertragen „Vorschrift, Regel, Norm, Vorbild". Das Wort „Kanone" ist damit verwandt.[20]

13 Die „Logik von Port Royal" ist ein höchst merkwürdiges Werk. Sie wendet sich, ebenso wie Descartes' „Discours", bewusst an ein breites Publikum, beschränkt sich daher nicht auf eine „ganz trockene Logik" mit vielen Formeln, sondern bietet darüberhinaus – eigenes Zugeständnis – „ein Gemengsel aus Rhetorik, Moral, Physik, Metaphysik, Geometrie", gespickt mit vielen aktuellen Bezügen (Ludwig XIV.) und auch heftiger Polemik, zum Beispiel gegen Michel de Montaigne (1533–1592). Letztlich wird in dieser neuen Verpackung die Tradition fortgeführt: zum Beispiel Aristoteles' Lehre von den Kategorien und von den sogenannten *Loci* bzw. *Topoi* (zur juristischen Topik später mehr[21]), des weiteren die beeindruckende Lehre von den syllogistischen „Modi" und „Figuren", wie sie im Mittelalter Petrus Hispanus (ca. 1210–1277) entwickelt hatte,[22] außerdem etwa die rhetorische Lehre von Dilemmata („man kann es nicht richtig machen") und Sophismen (Fehlschlüssen).[23]

Die daran angehängte „Methodenlehre" (*De la méthode*) ist daher wohl ein Zugeständnis an den Zeitgeist: Zwar entwickelt sie zum Beispiel die vier Regeln des Descartes fort zu einem Katalog von acht Regeln (S. 327). Sie fällt aber schon vom Umfang her gegenüber den anderen Teilen ab (67 von 349 Seiten in der deutschen Übersetzung) und verteidigt im Übrigen vehement die alten Glaubenswahrheiten, zum Beispiel, dass die Materie unendlich teilbar ist, und die Wahrheit von Wundern.[24] Arnauld und Nicole waren eben in erster Linie katholische (freilich reformerische[25]) Theologen.

---

19 *Redaktion*, Logik IV, in: HWPh (Fn. 3), Band 5, Basel 1980, Sp. 375 f.; *Hans Werner Arndt*, Methode V, in: HWPh, Band 5, Basel 1980, Sp. 1316.

20 Genaue Genealogie offenbar: von griechisch *kánna* = Rohr über lateinisch *canna* und italienisch *cannone* = großes Rohr ins Deutsche.

21 Unten § 2 Rn. 31–33, § 15c Rn. 34–38.

22 *Petrus Hispanus*, Summulae logicales (ca. 1240), deutsche Ausgabe: Logische Abhandlungen, München 2006; siehe dort insb. S. 51–65. Weiteres zu ihm unten § 5 III Rn. 104–111.

23 Zum gesamten Absatz *Antoine Arnauld/Pierre Nicole*, Die Logik oder die Kunst des Denkens, 2. Aufl., Darmstadt 1994, S. 15 (Gemengsel), 137, 258, 38 ff. (Kategorien), 228 f. i.V.m. 49 ff. (Topik), 179–193 (Syllogistik), 220 ff. (Dilemmata), 233 ff. (Sophismen).

24 A.a.O., S. 288, 336 ff.

25 Die Richtung, der sie zugehörten, bezeichnete man als Jansenismus. Sie stand – wie übrigens auch Luther – in der Tradition des Augustinus.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Immanuel Kant (1724–1804) und Friedrich Carl von Savigny (1779–1861)

Nichtsdestoweniger wirkte diese Einteilung der Logik – mit einem abschließenden Abschnitt „zur Methode" – offenbar prägend. So gliedert sich denn auch kein geringeres Werk als Immanuel Kants „Kritik der reinen Vernunft" von 1781[26] in einen Teil I, genannt „Transzendentale Elementarlehre", und einen Teil II, genannt „Transzendentale Methodenlehre" (darin u.a. ein Abschnitt „Vom Meinen, Wissen, Glauben"). Dem gleichen Schema folgt Kants zentrales[27] Werk zur Ethik, die „Kritik der praktischen Vernunft" (1788). Hingegen gibt es in der „Kritik der Urteilskraft" (1790) – sie handelt vom Schönen und Erhabenen und von der Biologie – eine „Methodenlehre" nur noch als „Anhang" zu der letzteren. 14

> Es gibt von Kant auch eine „Logik", die als „Handbuch zu Vorlesungen" firmiert (heute würde man wohl „Edelskript" dazu sagen). Sie wurde im Jahr 1800 von seinem Schüler Gottlob Benjamin Jäsche (1762–1842) bearbeitet und herausgegeben.[28] Auch darin findet sich – nach einer sehr interessanten Einleitung[29] – die soeben genannte Einteilung in Elementarlehre (Begriffe, Urteile, Schlüsse) und Methodenlehre. Den Abschluss bildet ein § 120, überschrieben mit „Meditieren": „Unter Meditieren ist Nachdenken oder ein *methodisches Denken* zu verstehen. – Das Meditieren muss alles Lesen und Lernen begleiten; und es ist hierzu erforderlich, dass man zuvörderst vorläufige Untersuchungen anstelle und *sodann* seine Gedanken in Ordnung bringe oder nach einer Methode verfahre."[30]

Es ist sehr wahrscheinlich, dass **Kant** der erste war, der das **Wort „Methodenlehre"** verwendete.[31] Aus einer deutschen Übersetzung der Logik von Port-Royal konnte er es nicht übernommen haben, denn eine solche erfolgte erst 1972 (!). „Methodenlehre" als Übersetzung von *De la méthode* scheint dann aber gerade bei Juristen gut angekommen zu sein, vor allem bei Friedrich Carl von **Savigny** (1779–1861), dem wohl unbestritten bedeutendsten deutschen Juristen des 19. Jahrhunderts. Savigny war ein Zeitgenosse Wilhelm vom Humboldts (1767–1835) und setzte mit ihm gemeinsam in Berlin eine radikale Reform des Universitätswesens durch. Während sich die Universitäten zuvor 15

---

26 Übliche Abkürzung: KrV; 2. Aufl. 1787. – Übrigens sind einige Grundgedanken der KrV deutlich juristisch inspiriert, insbesondere spielt der Gedanke der Beweislast (dazu unten § 22 Rn. 12–14, 21–22) eine entscheidende (!) Rolle; siehe, zugleich auch als Einführung in die KrV, *Joachim Lege*, Wie juridisch ist die Vernunft? Kants „Kritik der reinen Vernunft" und die richterliche Methode, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 76 (1990), S. 203–226.

27 Ob diese Charakterisierung zutrifft, mögen Fachphilosophen entscheiden. Jedenfalls steht das Werk zeitlich zwischen der „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten" (1785) und der „Metaphysik der Sitten" (1797).

28 *Immanuel Kant*, Logik (1800), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VI, Frankfurt a.M. 1977, S. 417–585.

29 Sie reflektiert insbesondere über logische *Vollkommenheit* gemäß ihrer Quantität (Größe), Relation (Wahrheit), Qualität (Klarheit) und Modalität (Gewissheit); also über eine *ästhetische* Kategorie. Näher zur Ästhetik unten § 31 II. – Die vier Aspekte greifen die „Tafel der Kategorien" aus der „Kritik der reinen Vernunft" auf (KrV B 106, A 80; „B" bezeichnet die Seitenzahl der zweiten Auflage, „A" die der ersten).

30 *Kant*, Logik (Fn. 28), S. 585.

31 *Lutz Geldsetzer*, Methodologie, in: HWPh (Fn. 3), Band 5, Basel 1980, Sp. 1382; dort auch zum soziologischen Hintergrund („massive Didaktisierung des ganzen Wissenschaftsbetriebs der späten Aufklärung").

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eher als Berufsausbildungsstätten verstanden hatten (sozusagen „Fachhochschulen"), sollten sie nun Stätten der Wissenschaft werden, mit einer Einheit von „Forschung und Lehre".

16 Für die juristischen Fakultäten bedeutete dies vor allem, dass ein nicht geringer Teil des Lehrprogramms fortfiel: die sogenannte „Practische Jurisprudenz" mit solchen Fächern wie Referier- und Dekretierkunst (also Rhetorik), Kautelarjurisprudenz (Vertragsgestaltung), Staats- und Kanzleipraxis, Archiv- und Registraturwissenschaft, Verteidigungskunst und so weiter (§ 5a Abs. 3 DRiG – Deutsches Richtergesetz – nennt dies heute Schlüsselqualifikationen).[32] Auf diese Praxis sollten die Studenten erst losgelassen werden, nachdem sie das Recht – zuvörderst das Römische Recht – theoretisch durchdrungen hatten. Darin lag eine enorme Aufwertung der „Rechtswissenschaft"[33] (und ihrer Professoren) als einer dem Recht gegenüber kritischen Instanz. Und es führte zu der noch heute üblichen „zweistufigen" Juristenausbildung, bestehend aus Studium und anschließendem Referendariat („Vorbereitungsdienst", § 5 Abs. 1 DRiG).

17 Nichtsdestoweniger ergab sich durch den Wegfall dieser Fächer wohl ein gewisses Manko für die Studenten, was den kritischen Umgang mit Texten angeht – und zugleich ein großer Freiraum für Neues. Diese große Lücke scheint Savigny nun durch das geschlossen zu haben, was wir bis heute unter „Juristischer Methodenlehre" verstehen: die Lehre von Auslegung und Subsumtion[34], bei Savigny allerdings unter besonderer Betonung des Systemgedankens. In dieser betont wissenschaftlichen Grundhaltung hatte Savigny bereits im Jahr 1802 – also noch vor seiner Habilitation (1803) – in Marburg ein Kolleg zur „Juristischen Methodologie" gehalten, das in der Nachschrift eines Studenten erhalten ist.[35] Dabei war der Titel vermutlich sehr bewusst gewählt, denn Savigny hatte sich schon damals, mit 23 Jahren, vorgenommen, ein „Kant der Jurisprudenz" zu werden.[36] Allerdings hat Savigny selbst dann nie eine „Methodenlehre" veröffentlicht. Erst 1840, Savigny war schon über 60, gibt es in seinem späten Hauptwerk „System des heutigen Römischen Rechts", genauer in dessen Band 1 (von fünfen, 1840), eine ausgearbeitete Darstellung zu einem Teilaspekt.[37]

---

32 *Jan Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1979.

33 Das Wort ist offenbar „eine Erfindung der deutschen historischen Rechtsschule", deren Hauptvertreter eben Savigny ist (*Erik Wolf*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 2. Aufl., Tübingen 1963, S. 486).

34 Zum Thema „Subsumtion" bei Savigny ausdrücklich nichts, in der Sache aber sehr wohl, z.B. wenn in § 37 gefragt wird, ob unter den Begriff *fundus* im Zwölftafelgesetz auch Häuser fallen: „Daher wurde jenes Wort ausdehnend auf alle unbewegliche [sic] Sachen, also auch auf Häuser, bezogen, und diese Auslegung [!!] scheint auch niemals bestritten worden zu sein" (S. 236 f.).

35 Der Student war Jakob Grimm (einer der Brüder Grimm). – Durchaus ungenau daher der vom Herausgeber gewählte Titel *Friedrich Karl von Savigny*, Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951. Grimm hatte notiert: „K. F. v. Savigny. Anleitung zu einem eigenen Studium [!] der Jurisprudenz." – Savignys sehr fragmentarisches Manuskript ist jetzt zugänglich als Band 2 der Reihe „Savignyana": *Friedrich Carl von Savigny*, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, hrsg. von Aldo Mazzacane, Frankfurt a.M. 1993, S. 86–131; dort ganz knapp zu den drei „Theilen" der Interpretation: logisch, grammatisch, historisch (S. 89 f.); ab S. 99 bis S. 109 geht es dann um das System.

36 *Erik Wolf* (Fn. 33), S. 475 f.

37 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840, Neudruck Aalen 1981, S. 206–330, überschrieben mit „Viertes Kapitel. Auslegung der Gesetze". – Ausführliche

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch der Systemgedanke verdankt sich offenbar dem Einfluss Kants: „Die Erkenntnis, als Wissenschaft, muss nach einer Methode eingerichtet sein. Denn Wissenschaft ist ein Ganzes der Erkenntnis als System und nicht bloß als Aggregat (also Ansammlung, J.L.)."[38]

3. Die (deutschen) juristischen Methodendiskussionen bis 1945

Die Geschichte „der" Juristischen Methodenlehre im 19. und im frühen 20. Jahrhundert ist überaus gut erforscht, vor allem im Bereich des Zivilrechts, und dort vor allem von Jan Schröder (geb. 1943), Joachim Rückert (geb. 1945), Ulrich Falk (geb. 1957) und Hans-Peter Haferkamp (geb. 1966). Auffällig ist allerdings: In dieser Zeit gab es „die" Juristische Methodenlehre als Ganzes – und damit auch als Buchtitel – nicht oder jedenfalls nicht so wie heute. 18

Infolgedessen verbinden sich auch die „großen Namen" der damaligen Zeit nicht mit einer „Allgemeinen Methodenlehre" (als System, sozusagen), sondern mit einzelnen, durchaus prononcierten Positionen (die von den Gegnern dann gelegentlich ins Absurde überspitzt wurden). Die bekanntesten fünf Positionen stammen aus dem Zivilrecht: die Historische Rechtsschule mit ihrem Hauptakteur Friedrich Carl von **Savigny** (1779–1861), die sogenannte Begriffsjurisprudenz mit Georg Friedrich **Puchta** (1798–1846) und die sogenannte Pandektenwissenschaft[39] des Bernhard **Windscheid** (1817–1892); sodann der zwischen Begriffs- und Interessenjurisprudenz schwankende Rudolf von **Ihering** (1818–1892) – ein großer Spötter und nach Savigny der zweitberühmteste –, schließlich als dezidierter Vertreter einer praxisorientierten Interessenjurisprudenz Philipp **Heck** (1858–1943).[40]

Im Öffentlichen Recht sind die drei großen Namen diese: Carl (auch Karl) Friedrich von **Gerber** (1823–1891), Paul **Laband** (1838–1918) und Otto **Mayer** (1846–1924). Gerber und Laband, beide ursprünglich Zivilrechtler, stehen für die Einführung der „juristischen Methode" auch im Staatsrecht[41] – gemeint war damit letztlich die Bindung auch des Staates an das Recht (und nicht nur an die Zweckmäßigkeit

---

Darstellung und Auseinandersetzung: *Joachim Rückert*, Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861), in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 53–95.

38 *Kant*, Logik (Fn. 28), S. 571 (§ 96).

39 Benannt nach den „Pandekten" (griechisch: die alles umfassen) oder auch „Digesten" (lateinisch: einmal alles durchgekaut, vgl. englisch: to digest = verdauen), das ist der zweite und weitaus umfangreichste Teil des Corpus Iuris Civilis (= Corpus des Zivilrechts), das im Jahr 533 vom (ost-) römischen Kaiser Justinian veröffentlicht wurde. Es dürfte das – neben der Bibel – wichtigste Buch für die Entwicklung Europas sein.

40 Zum Einstieg – und zugleich mit eigenen „Methodenregeln für den Ernstfall" (S. 39–52) –: *Joachim Rückert/Ralf Seinecke* (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 53–202. Ferner zu Savigny, Windscheid und Heck die Beiträge von *Joachim Rückert*, *Ulrich Falk* und *Heinrich Schoppmeyer* in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen 2009, S. 61–91, 129–150, 189–207.

41 *Walter Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1958 (zu Laband); *Peter von Oetzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Frankfurt a.M. 1984 (zu Gerber).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder auch „Staatsräson"[42]). In gleicher Weise steht Otto Mayer für die „juristische Methode" im Verwaltungsrecht.[43]

> Die Unterscheidung von Rechtmäßigkeit (strenge Bindung an das Gesetz) und Zweckmäßigkeit („Ermessen") ist bis heute im Öffentlichen Recht von großer Bedeutung, man vergleiche Art. 84 Abs. 3 Satz 1 mit Art. 85 Abs. 4 GG (Grundgesetz) oder § 68 Abs. 1 Satz 1 mit § 114 Satz 1 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung).

19 Im Umfeld des Straf- und Kirchenrechts schließlich entsteht eine später sogenannte Allgemeine Rechtslehre oder Rechtstheorie: Gemeint ist Ernst Rudolf **Bierling** (1841–1919) mit seiner „Juristischen Prinzipienlehre" (1894–1911).[44] Höhepunkt dieser Richtung ist der österreichische Staatsrechtler Hans **Kelsen** (1881–1973) – wohl der berühmteste deutschsprachige Jurist des 20. Jahrhunderts – mit seiner „Reinen Rechtslehre" von 1934.[45] Ziel dieser Ansätze ist, grob gesagt, politische und moralische Wertungen aus der „Rechtsanwendung" (also der juristischen Methode) herauszuhalten. Gustav **Radbruch**, der nächstberühmte (1878–1949) hat dies, nach einigem Zögern, dann doch nicht als „Euthanasie der Rechtsphilosophie" bezeichnet.[46]

20 Besonders schwierig zu bewerten ist der sogenannte **Weimarer Methoden- und Richtungsstreit** in der deutschen Staatsrechtslehre der 1920er Jahre – denn es ist im Kern ein rechts*politischer* Streit.[47] Auf der einen Seite standen die vor allem von den Gegnern so genannten „Positivisten", die für eine strenge Gesetzesbindung eintraten, zuvörderst Gerhard **Anschütz** (1867–1948).[48] Die andere Seite war eine bunte Front von eher wertorientierten Juristen, die dem Gesetzgeber – der ja seit 1919 erstmals demokratisch legitimiert war – wenig zutraute und sich als „geisteswissenschaftliche Richtung" verstand. In den Worten von **Erich Kaufmann** (1880–1972): „der Staat schafft nicht *Recht*, der Staat schafft *Gesetze*; *und Staat und Gesetz stehen unter*

---

42 Der Begriff „Staatsraison" war ursprünglich nicht negativ besetzt: Immerhin bedeutet französisch *raison* ja „Vernunft". Die heutige Vulgärfassung von Staatsräson ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz („geeignet – erforderlich – angemessen"). Näher und kritisch zu ihm § 15b Rn. 38–51.

43 Zu Gerber, Laband und Otto Mayer als Einstieg: *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2, München 1992, S. 331–337, 341–348, 403–410.

44 Zu ihm etwa der Beitrag von *Andreas Funke* in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen 2009, S. 93–110.

45 Monumentale Biographie: *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen, Tübingen 2020 (1027 Seiten). Die Werke Kelsens werden seit 2007, ebenfalls bei Mohr Siebeck in Tübingen, von *Matthias Jestaedt* herausgegeben (derzeit acht Bände). Die „Reine Rechtslehre" von 1934 ist leicht erhältlich als preiswerte Studienausgabe (Tübingen 2008).

46 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, § 3, 5 (zitiert nach der Studienausgabe, 2. Aufl., Heidelberg 2003, S. 27).

47 Dazu etwa *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 3, München 1999, S. 153–202 (dabei auch zur Gründung und Rolle der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vgl. Fn. 49). – Siehe auch *Joachim Lege*, Neue methodische Positionen in der Staatsrechtslehre und ihr Selbstverständnis, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.): Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, Heidelberg 1985, S. 23–43 (24–29); *Oliver Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, München 1994.

48 Von ihm stammt der Standardkommentar zur Weimarer Reichsverfassung: *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1. Aufl., Berlin 1921 (290 Seiten); 14. Aufl., Berlin 1933 (800 Seiten).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem Recht."[49] Weitere Vertreter dieser Richtung waren Rudolf **Smend** (1882–1975) mit seiner etwas nebulösen Integrationslehre (Aufgabe der Verfassung ist, den Staat zu einer Sache auch aller Einzelnen, zu einem „Gemeinwesen"[50] zu machen) und Gerhard **Leibholz** (1901–1982).[51] – Während die bisher genannten sicherlich „keine Nazis waren"[52] (Leibholz und Kaufmann wurden sogar als jüdisch verfolgt), hat sich der berühmteste dieser Anti-Positivisten, **Carl Schmitt** (1888–1985),[53] nach Hitlers Machtergreifung (1933) sofort den Nationalsozialisten und ihrem „völkischen Rechtsdenken"[54] angedient. Es ist deshalb schwer verständlich, dass seine Methodenschrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" (Hamburg 1934) noch heute von manchen als großer Wurf angesehen wird (ihre Begriffsstrategie ist leicht zu durchschauen, s.u. § 3 Rn. 2[55]).

Ebenso schwer verständlich ist, dass nach dem Krieg ausgerechnet der Positivismus für die „Wehrlosigkeit der Juristen" gegenüber dem Nationalsozialismus verantwortlich gemacht wurde.[56] Diese „Positivismus-Schuldthese" dürfte mittlerweile eindeutig als eine damals willkommene „Geschichte" und doch sehr falsche Erzählung widerlegt sein.[57] 21

Wann die „Juristische Methodenlehre" erstmals als Buchtitel erscheint, ist nicht mit Sicherheit festzustellen. Eine von Rückert als „Geheimtipp" empfohlene Darstellung der Materie von dem Deutsch-Ungarn Felix **Somló** (1873–1920) trägt den Titel „Juristische Grundlehre" (1917, 2. Aufl. 1927).[58] 22

49 *Erich Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Band 3 (1927), S. 1–24 (20, Hervorhebungen im Original).

50 Spuren davon unverkennbar im Werk seines Schülers *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 16 ff.: „Die Verfassung und ihre Bedeutung für das Gemeinwesen".

51 Siehe zu Smend und Leibholz auch die Beiträge von *Dominik Richers* und *Manfred H. Wiegandt* in: Lege (Hrsg.), Greifswald (Fn. 44), S. 271–283, 373–397; ferner dort den Beitrag zu Günther Holstein (1892–1931) von *Stefan Korioth* (S. 285–302).

52 *Konrad Hesse* hat sich einmal dagegen verwahrt, dass die Vertreter der geisteswissenschaftlichen Richtung „alle schon Nazis" gewesen seien.

53 Die Literatur zu Carl Schmitt, vor allem auch aus politologischer Sicht, ist kaum zu überschauen. Zu einem biographischen Einzelaspekt und zur Kritik an seinem „konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" siehe die Beiträge von *Reinhard Mehring* und *Bernd Rüthers* in: Lege (Hrsg.), Greifswald (Fn. 44), S. 323–353 und 401–416.

54 Standardwerk dazu: *Klaus Anderbrügge*, Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, Berlin 1978.

55 Und auch schon *Lege*, Neue methodische Positionen (Fn. 47), S. 23–43 (33–36).

56 Neben vielen anderen hat ausgerechnet auch Gustav Radbruch, selbst von den Nazis des Amtes enthoben, diese These vertreten (Fünf Minuten Rechtsphilosophie [1945], zitiert nach der Studienausgabe seiner „Rechtsphilosophie", 2. Aufl., Heidelberg 2003, S. 209 f.).

57 *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2014, Kapitel 1 (S. 19–50).

58 Erscheinungsort Leipzig. Allerdings handelt es sich eher um eine Allgemeine Rechtslehre, die eigentlichen Methodenfragen nehmen nur geringen Raum ein (§§ 110–122, S. 370–429: Die Deutung und Anwendung des Rechts, zitiert nach der ersten Auflage). Sehr schön § 122 (S. 427): „Wir haben bereits hervorgehoben, daß die Stellung des Richters zum Gesetze nur ein Sonderfall der Stellung des Normadressaten zum Recht ist."

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Verdienst, als erste ein **Buch** mit dem Titel **„Juristische Methodenlehre“** vorgelegt zu haben, gebührt daher wohl nahezu zeitgleich Arthur **Baumgarten** (1884–1966) und Wilhelm **Sauer** (1879–1962). Das Werk Baumgartens erschien 1939 in Bern unter dem Titel „Grundzüge der Juristischen Methodenlehre“ (192 Seiten) – aus heutiger Sicht ist es eher eine Einführung in die Rechtswissenschaft. Sauers Werk (Stuttgart 1940) mit dem alleinigen Titel „Juristische Methodenlehre“ beeindruckt mehr noch durch den Untertitel: „Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften“. In der Tat ist das Buch mit seinen 624 Seiten nicht nur ein methodologischer, sondern auch ein dogmatischer und rechts- und sozialphilosophischer Rundumschlag,[59] und dies in einer problematischen Zeit. Es ist daher bemerkenswert, dass sich Sauer kritisch zu nationalsozialistisch geprägten Positionen äußert (völkisches Rechtsdenken, konkretes Ordnungsdenken, Rasselehre).[60] Im Jahr 1933 war er noch ein euphorischer Anhänger Hitlers gewesen.[61]

4. Die „Juristische Methodenlehre“ seit 1945

23 Es ist kein Ruhmesblatt der deutschen Jurisprudenz, dass ausgerechnet ein Jurist, der sich in der Zeit des Nationalsozialismus ganz besonders im Sinn des „völkischen Rechtsdenkens“ hervorgetan hatte,[62] in der frühen Bundesrepublik zum Autor des Standardwerks zur Methodenlehre wurde: Karl **Larenz** (1903–1993). Seine „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ erschien erstmals 1960,[63] die 6. Auflage erfolgte 1991 (danach wurde das Werk als „Studienausgabe“ von seinem Schüler Claus-Wilhelm **Canaris** fortgeführt[64]). Skandalös ist dabei nicht nur die persönliche, sondern vor allem die sachliche Kontinuität: Larenz hat an seinen methodischen Grundvorstellungen, die es so leicht machen, das Recht den herrschenden Wertvorstellungen vorauseilend anzupassen, ohne Bedenken festgehalten.[65] Dies gilt vor allem für seine Interpretation

59 Siehe die Rezension von [*Ernst?*] *Weigelin*, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Band 31 (1941), S. 159–165.

60 *Wilhelm Sauer*, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940, S. 597–605. Sehr schön S. 605: „Unzulässig und unmöglich [!] ist, oberste Leitziele des Gemeinschaftslebens, das Gemeinwohl, die Gerechtigkeit (…) in eine konkrete Ordnung (…) hineinzulegen und daselbst in Paragraphen oder in einem Vorspruch zu normieren (…). *Das wäre eine unwirksame Positivierung der Rechtsidee* (Hervorhebung J.L.).“ – Zur Rechtsidee siehe unten § 30 III. – Bemerkenswert im Übrigen: Bei *Sauer* fehlen im Sachverzeichnis die Stichworte „Syllogismus“ und „Subsumtion“ ganz. Und zur Subsumtion, so wie die „herrschende juristische Logik“ sie versteht, heißt es: Sie habe „lebensfremde, rein formale Gebilde und ebensolche Urteile“ zur Folge (S. 236).

61 *Ingo Müller*, Furchtbare Juristen, München 1987, S. 78: „Dabei versuchte mancher alte Ordinarius, die jungen Kollegen an Begeisterung noch zu überbieten.“

62 Werke aus dieser Zeit z.B.: *Karl Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934; Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938.

63 Erscheinungsort: Berlin und Heidelberg, dort auch alle weiteren Auflagen.

64 Zuletzt 3. Aufl. (Studienausgabe), Berlin etc. 1995.

65 So ganz ausdrücklich: *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin etc. 1969, S. 86 Fn. 3: Zwar sehe er, „was wohl kaum betont zu werden braucht, heute vieles sehr anders als damals“. Trotzdem: „Hegels großartige Leistung bleibt einmal seine Logik des ‚konkreten Begriffs‘, zum anderen (…). Insoweit halte ich auch heute den Hegelianismus der zwanziger Jahre noch nicht für ‚überholt‘“. Erst in der letzten, der 6. Auflage 1991, wurde die Passage über Hegel gestrichen (S. 84 Fn. 2; in der 5. Aufl. 1983 ist sie noch vorhanden). Siehe auch die vier folgenden Fußnoten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Hegels „konkret-allgemeinem Begriff“[66] – so harmlos sie heute klingen mag.[67] Eine auf solcher Grundlage entworfene „Wertungsjurisprudenz“ (das ist Larenz‘ eigene Firmierung)[68] bleibt zumindest verdächtig.[69]

Mit dem Label „Juristische Methodenlehre“ scheint die hochangesehene „Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft“, in der Larenz‘ Werk erschien, allerdings ein Fach geschaffen zu haben, das sich gut in die akademische Lehre eingliedern ließ: neben die klassische Rechtsphilosophie und ohne allzu viel Rechtstheorie. Im Jahr 1971 erschien die schlanke „Einführung in die Juristische Methodenlehre“[70] von Reinhold **Zippelius** (geb. 1928) – sie erlebte, mit Erweiterungen und seit 1985 unter dem Titel „Juristische Methodenlehre“, elf Auflagen (bis 2012) und wird jetzt von seinem Schüler Thomas Würtenberger fortgeführt (2021). Im Jahr 1972 folgte, als Ausgliederung aus seinen „Grundzügen der Rechtsphilosophie“ (erstmals 1950), eine „Juristische Methodenlehre“ von Helmut **Coing** (1912–2000) – sehr nüchtern, sachlich und vermittelnd.[71] Zippelius steht in mancher Hinsicht Larenz nahe, etwa beim „wertorientierten Denken“ und beim „Typusbegriff“. In der philosophischen Grundlegung unterscheidet er sich aller- 24

66 Aus der NS-Zeit: *Karl Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 43–53 (52 f., Hervorhebung J.L.): „Das völkische Rechtsdenken spricht, was ausdrücklich betont werden muss, keinem Menschen, auch nicht dem Rassefremden, die Rechtsfähigkeit und damit auch die Persönlichkeit ab. Der § 1 des BGB bleibt unberührt; **aber** durch die Geburt erlangt der Mensch nicht eine abstrakte ‚Rechtsfähigkeit überhaupt‘, sondern eine konkrete Rechtsfähigkeit (als Rassegenosse oder Rassefremder).“ Da bleibt dann eben für manche Menschen vom Begriff der Rechtsfähigkeit nur eine (wie scheußlich, weil abstrakte) inhaltsleere Hülle übrig. (Ich denke jetzt ganz konkret an die Häftlingslisten in Auschwitz.)

Nebenbei: Seit der dritten Auflage der Methodenlehre (1975) heißt es in dem „Exkurs“ zu Hegel: Beim *Eigentum* könne der konkret-allgemeine Begriff sehr wohl dafür sorgen, dass die Eigentümerbefugnisse nicht „auf eine ‚leere Menge‘ reduziert werden“ (*Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Heidelberg etc. 1991, S. 460). Typischerweise lässt Larenz dann freilich offen, welche „bedeutend inhaltsreichere Vorstellung“ dem Grundgesetzgeber bei der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG vor Augen gestanden hat; dies könne „hier nicht weiter entwickelt werden“. Konkret heißt das wohl: Das werden wir „wertorientiert“ nach Belieben erkennen. – Siehe aus der NS-Zeit auch *Karl Larenz*, Zur Logik des konkreten Begriffs, Deutsche Rechtswissenschaft (DRW) 1940, S. 279-299.

67 Siehe den nur noch „Exkurs“ in *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Heidelberg etc. 1991, S. 457–460: Das Eigentum im Sinn des BGB und des Grundgesetzes ist, salopp gesagt, kein leeres Wort („abstrakt“), sondern ein – in meinen Worten – Bündel von Rechten und Pflichten („konkret“). So weit, so trivial. Für den Larenz der NS-Zeit hieß es darüber hinaus insbesondere: Der abstrakte Begriff „jeder Mensch“ müsse durch den konkreten Begriff „Rechtsgenosse“ ersetzt werden, und dieser „könnte“ (?) in einem neuen § 1 BGB wie folgt an die Spitze der Rechtsordnung gestellt werden: „*Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist*, Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist“, so *Karl Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: Karl Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225–260 (241, Hervorhebung im Original). Man sieht: Das „Konkrete“ gibt dem Recht vor, wie es zu sein hat.

68 *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 67), S. 119–125.

69 Zur Kritik an Larenz besonders scharf *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, Rn. 563–573, 931; außerdem *Lepsius* (Fn. 47), S. 271–286. – Übrigens schreibt *Larenz* selbst (Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl., Heidelberg etc. 1960, S. 355): „Wer sich auf den ‚konkreten Begriff‘ einläßt, verläßt den Boden einigermaßen als gesichert geltender Denkmethoden, er setzt sich damit nicht geringen Gefahren aus.“ Wie viel mehr aber dann diejenigen, die ihm zum Opfer fallen! – Aufgespießt hat diese Gefahrklausel schon der Rezensent *Alexander Hollerbach*, in: Philosophisches Jahrbuch 69 (1961/62), S. 426–429 (428).

70 137 Seiten; Erscheinungsort: München, dort auch alle späteren Auflagen.

71 Erscheinungsort: Berlin etc.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dings sehr von ihm: Zippelius ist Anhänger des Kritischen Rationalismus von Karl Raimund Popper (1902–1994), bei dem es keine „Wesensschau" des Richtigen gibt, sondern nur ein „experimentierendes Denken", das sich seiner Fehlbarkeit bewusst ist (s.o. Rn. 11). Allerdings bleibt zumindest in *hard cases* das Problem, wie eine rechtliche Entscheidung eigentlich „falsifiziert", d.h. objektiv als falsch widerlegt werden kann.

25 Als **wesentlichen Inhalt** der „Juristischen Methodenlehre" – deren Kanon sozusagen – kann man seither im Kern nennen
- die juristische Logik (Justizsyllogismus und Subsumtion)
- die Lehre von der Auslegung (u.a. mit Savignys vier *canones*)
- die Lehre von der Rechtsfortbildung (Analogie und Umkehrschluss etc.),

mehr oder weniger ausführlich ergänzt um
- das Problem der Verfassungsinterpretation (seit den 1960er Jahren viel diskutiert), man denke an Konrad Hesse (1919–2005), Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019), Martin Kriele (1931–2020), Peter Häberle (geb. 1932) und Alexander Hollerbach (1931–2020)
- Argumentationslehre (als eine Art Fortleben der Rhetorik)
- historische Einführungen (so bei Larenz)
- rechts- und erkenntnistheoretische Grundfragen.

Kurz: In der **„Juristischen Methodenlehre"** überschneiden sich die drei Kreise der (juristischen) Logik, der (eher untergründig fortwirkenden) Rhetorik und der Rechtstheorie/Rechtsphilosophie. Teilweise wird sie daher auch als ein Teilgebiet der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie[72] oder der Allgemeinen Rechtslehre[73] „mitbehandelt".

26 Vor diesem Hintergrund gehört in den Kreis der Methodenlehren auch der – ebenfalls von Popper, außerdem von Kelsen beeinflusste – Klaus **Adomeit** (1935–2019). Seine mit einem gewissen Understatement so betitelte „Rechtstheorie für Studenten" (Heidelberg 1979)[74] enthält zumindest für die juristische Logik einiges mehr – und sehr viel Klareres – als etwa „der Larenz". Das Buch wird seit der 5. Auflage fortgeführt von Susanne Hähnchen (geb. 1969). – Eine Sonderstellung nimmt die „Juristische Methodik" (Berlin 1971) von **Friedrich Müller** (geb. 1938) ein. Sie beruht auf einer eigenen rechtstheoretischen Konzeption (Stichwort: Normbereich und Normprogramm) und hat unter dem Namen „Strukturierende Rechtslehre" geradezu eine „Schule" begründet. Wichtigster Schüler ist Ralph Christensen (geb. 1953); er gibt die „Juristische Methodik" seit der 7. Aufl. 1997 heraus (nunmehr in 2 Bänden).[75] – Von Wolfgang **Fikentscher** (1928–2015)

72 So z.B. in den Lehrbüchern von z.B. *Norbert Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Heidelberg 2016; *Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann/Frank Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016 (die ersten Auflagen herausgegeben von Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer); *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011; siehe zur Rechtstheorie auch sogleich im weiteren Text.

73 Im monumentalen Werk von *Klaus Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, bildet sie den Abschluss.

74 Die ersten Auflagen sind in der Reihe „UTB" erschienen (Uni-Taschenbücher), seit der 5. Auflage erscheint das Buch in der Reihe „Start ins Rechtsgebiet/Jura auf den Punkt gebracht". Mittlerweile liegt es in der 7. Auflage vor (2018).

75 Mittlerweile liegen vor: *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013; Band 2: Europarecht, 3. Aufl., Berlin 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stammt das Fünf-Bände-Werk „Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung“ (Tübingen 1975–1977). Es nimmt insbesondere auch die Methoden des anglo-amerikanischen Fallrechts in den Blick (Band II).

27 Einen „Schwung“ von recht eigenwilligen Methodenlehren brachten die **frühen 1980er** Jahre. Eher querdenkerisch (im positiven Sinn) verfährt, u.a. in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas, die „Methodenlehre für Juristen“ (Heidelberg 1981, 3. Aufl. 1999) von Hans-Martin **Pawlowski** (1931–2016). Eher traditionell auf (österreichische) Dogmatik ausgerichtet ist das Werk „Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff“ (Wien 1982, 2. Aufl. 1991) von Franz **Bydlinski** (1931–2011).[76] Die „Juristische Argumentationslehre“ (Darmstadt 1986) von Ulfrid **Neumann** (geb. 1947) greift fachphilosophische Diskussionen auf. Besonders anspruchsvoll ist die „Juristische Begründunglehre“ (München 1982, keine Neuauflage) von **Koch/Rüßmann**, also Hans-Joachim Koch (geb. 1944 – im Schwerpunkt ein Verwaltungsrechtler) und Helmut Rüßmann (geb. 1943 – einer der ersten, die sich mit Rechtsinformatik beschäftigt haben). Sie stellt die juristischen Argumente mit Hilfe der sogenannten „formalen“, besser: mathematischen Logik dar, also mit abstrakten Symbolen, Formeln und Kalkülen. Ob damit ein großer Erklärungswert einhergeht, wird unterschiedlich beurteilt.

Gerade nicht als „Methodenlehre“, sondern als „Wissenschaftstheorie für Juristen“ (Frankfurt a.M.1980, keine Neuauflage)[77] firmierte bereits zuvor das in dieselbe Kerbe schlagende Werk von **Herberger/Simon**, also Maximilian Herberger (geb. 1946, auch er einer der ersten Rechtsinformatiker) und Dieter Simon (geb. 1935). Auch das weniger bekannte Werk „Juristische Logik und Argumentation“ (Freiburg i.Br. 1983) von Elmar **Bund** (1930–2008) gehört in den Kreis dieser damals progressiven Positionen.

Die 1986 erschienene „Methodenlehre für das juristische Studium“[78] von Dieter **Schmalz** (geb. 1933) hat keine eigenen Akzente gesetzt. Als bewusster Kontrast zur herrschenden Methodenlehre tritt hingegen 1988 die „Juristische Rhetorik“ (5. Aufl. 2015)[79] von Wolfgang **Gast** (geb. 1940) auf, gerade weil sie das methodische Standardprogramm im Untertitel führt: „Auslegung, Begründung, Subsumtion“.

Ein wenig zwischen die Fronten geraten ist die sehr anschauliche „Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung“ von **Looschelders/Roth** (1996; keine Neuauflage) – vielleicht deshalb, weil die Autoren Dirk Looschelders (geb. 1960) und Wolfgang Roth (geb. 1962) damals noch nicht etabliert genug waren.

28 Die **Ende der 1990er** Jahre erschienenen „Methoden und Techniken der Rechtsanwendung“ (Heidelberg 1998) von Lutz **Treder** (geb.??) verbinden eine konventionelle Methodenlehre mit spezifisch auf Studenten zugeschnittenen Themen (wie schreibe ich eine Klausur oder Hausarbeit?), sparen aber auch Grundlagenaspekte (Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie) nicht aus. In zweiter, gekürzter Auflage wurde das Buch gemeinsam mit Guy **Beaucamp** (geb. 1964) fortgeführt; dessen Sohn Jakob **Beaucamp**

76 Es gibt auch eine Kurzfassung (Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005), die mittlerweile von seinem Sohn Peter Bydlinski (geb. 1957) fortgeführt wird (3. Aufl., Wien 2018).

77 Untertitel: Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften.

78 Erscheinungsort: Münster: 4. Auflage: Baden-Baden 1998.

79 Erscheinungsort der 1. Auflage: Tübingen; ab der 2. Auflage: Heidelberg.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(geb. 1989) ist mittlerweile an die Stelle Treders getreten.[80] Ganz den Schwerpunkt auf die vor allem studentische „Arbeitstechnik" (Zitieren, Recherchieren …) legen einige weitere Werke.[81]

Die kompakte „Juristische Methodik" (Berlin 1998) des leider früh verstorbenen Strafrechtlers Joachim **Vogel** (1963–2013) geht durchaus eigene Wege, indem sie zur Anschauung jeweils einen Fall präsentiert und kurz sogar Kautelarjurisprudenz und Gesetzgebungslehre behandelt. Die „Juristische Methodenlehre" (Bern 1998)[82] des Schweizers Ernst A. **Kramer** (geb. 1944) bleibt im herkömmlichen Rahmen. Das Gleiche gilt für die „Methodenlehre des Zivilrechts" (Tübingen 1998) von Jan **Schapp** (geb. 1940). Zu erwähnen ist ferner der Arbeitsrechtler Rudolf **Wank** (geb. 1943) mit dem ebenfalls schmalen Werk „Die Auslegung von Gesetzen" (Köln 1997).[83] Umso umfangreicher kommt die „Rechtstheorie" (München 1999) von Bernd **Rüthers** (1930–2023) daher, auch er Arbeitsrechtler und mit Recht berühmt dafür, dass er als einer der ersten mit großem Mut die NS-Vergangenheit der deutschen Justiz aufgearbeitet hat (Klassiker: „Die unbegrenzte Auslegung", Tübingen 1968). Mittlerweile firmiert das Buch unter „Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre" (11. Aufl. 2020, mit Christian Fischer und Axel Birk).

29 Diese Erweiterung des Titels lässt darauf schließen, dass sich **„Methodenlehre" derzeit** (wieder) gut verkauft. So heißt denn auch Adomeits „Rechtstheorie für Studenten" mittlerweile „Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre" (7. Aufl. 2018). Vor allem aber sind zwei gewichtige und erfolgreiche Neuerscheinungen zu nennen: Die „Juristische Methodenlehre" (Baden-Baden 2016, 2. Aufl. 2020) von **Franz Reimer** (geb. 1971) und die „Juristische Methodenlehre" (München 2017, 6. Aufl. 2025) von **Thomas M. J. Möllers** (geb. 1962).[84] Wollte man beide kurz charakterisieren, könnte man sagen: Die Methodenlehre von Möllers ist eher ein Handbuch[85], während in der Methodenlehre von Reimer auch ein neuer Systemwille steckt – so dass man sie in diesem Sinn (s.o. Rn. 17 am Ende) als wissenschaftlicher bezeichnen kann.

Etwas irreführend ist der Titel „Fälle zur Methodenlehre" (München 2020, 2. Aufl. 2023) von Carsten **Herresthal** (geb. 1972) und Johannes **Weiß** (geb. 1992), denn das Buch ist in seinem ersten Teil (in beiden Auflagen: knapp zur Hälfte) ein ganz konventionelles Lehrbuch. Auch die umfangreiche „Juristische Methodenlehre" (München 2020) des schon erwähnten Rolf **Wank** (geb. 1943) hält sich ganz im Bereich des Konventionellen und blendet tiefer schürfende Fragen zur Logik, Lin-

80 Die erste Auflage erschien als Uni-Taschenbuch; seit der 2. Auflage (Heidelberg 2011) erscheint das Buch in der Reihe „Start ins Rechtsgebiet" und liegt mittlerweile in 5. Auflage vor (2023).

81 *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, München 2001 (10. Aufl. 2021); *Peter Bringewat*, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, Stuttgart 2007 (3. Aufl. 2017) – dort aber auch sehr schön zur Subsumtion!; *Peter J. Tettinger*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik (München 1982), seit der 4. Aufl. fortgeführt von *Thomas Mann* (jetzt 5. Aufl. 2015).

82 Mittlerweile 6. Aufl., München 2019.

83 Mittlerweile 7. Aufl., München 2023.

84 Bei beiden muss man den Vornamen hervorheben: Franz Reimer hat einen Bruder (Ekkehard) und einen Namensvetter (Philipp), die ebenfalls Jura-Professoren sind, Thomas M. J. Möllers einen auch in der Rechtstheorie berühmten Namensvetter in Christoph Möllers (geb. 1969).

85 Handbücher sind die typische Anwaltsliteratur: Man findet dort alles, ohne dass der Autor sich allzu sehr festlegt (man will schließlich beide Seiten vertreten können). Legendär im Öffentlichen Recht: Bernhard Stüer (1948–2022).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

guistik oder Philosophie bewusst aus. Umso stärker theorieorientiert (gerade auch aktuell!) ist der Artikel „Grundlagen der Methodenlehre I und II" von Klaus F. **Röhl** (geb. 1938) in der – digitalen – Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (EzR, zuerst 2013).[86]

Noch innovativer als die Methodenlehre von Reimer ist schließlich das Werk von Hans-Joachim **Strauch** (geb. 1939): „Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition" (1. Auflage: Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage: Baden-Baden 2022).[87] Strauch wirft – und dies als „Praktiker"![88] – im Grund als einziger auf breiter Front einen wissenschaftstheoretisch anschlussfähigen Blick über den Tellerrand und setzt sich insbesondere mit neueren erkenntnistheoretischen Positionen auseinander. Die hier vorgelegte Neue Juristische Methodenlehre (NJML) fühlt sich ihm (und Reimer) daher am meisten verbunden. – Eine Kurzfassung seiner Lehre hat **Strauch** unter dem Titel „Richterliche Urteilsfindung. Methoden und Praktiken" vorgelegt (Tübingen und Stuttgart 2023[89]).

Zu erwähnen sind im Übrigen vier neuere Werke zur Rechtstheorie. Die „Rechtstheorie" (München 2007, 2. Aufl. 2015) von Thomas **Vesting** (geb. 1958) ist interdisziplinär am weitesten gespannt und insoweit besonders aktuell. Näher am juristischen Mainstream und der herkömmlichen Methodenlehre segelt, trotz eigenen Ansatzes (Kernbegriff „zusinnen" und „Zusinnbarkeit"), die „Rechtstheorie" (Stuttgart 2015, 2. Aufl. 2019) von Michael **Potacs** (geb. 1958). Umso eigenwilliger verfährt, schon in der literarischen Form, die „Rechtstheorie zur Einführung" (Hamburg 2017) seines Wiener Fakultätskollegen Alexander **Somek** (geb. 1961). „Sinn" ist die zentrale Kategorie auch der jüngst erschienenen „Rechtstheorie" von **Philipp Reimer** (Baden-Baden 2022).[90] 30

Ferner ist hinzuweisen auf die historischen Untersuchungen des schon erwähnten Jan **Schröder** (geb. 1943): „Recht als Wissenschaft. Geschichte der [!][91] juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)" (München 2001)[92] sowie „Rechtswissenschaft in Diktaturen. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR" (München 2016). Den weitesten historischen Längsschnitt bietet das Werk von Peter **Raisch**: „Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart" (Heidelberg 1995).

---

86 http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/78-methodenlehre1; http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/77-methodenlehre2. – Die EzR wir herausgegeben von der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Sektion Deutschland.

87 Benutzerfreundlicher ist die erste Auflage, denn die zweite enthält – wohl infolge eines Versehens des Verlags – keine Register.

88 Strauch war Verwaltungsrichter u.a. am Bundesverwaltungsgericht und zuletzt Präsident des Thüringer Oberverwaltungsgerichts in Weimar.

89 Erschienen in der Reihe „UTB" (Uni-Taschenbücher).

90 Bezüglich des Vornamens siehe Fn. 84.

91 Dies ist ja eine der Hauptthesen der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML): Es gibt nur eine juristische Methode, und sie allein macht die Jurisprudenz zur Wissenschaft. Dazu bereits: *Joachim Lege*, Was leistet „die" Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der" Antiken Gerichtsrhetorik, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–45.

92 Genauer dazu unten § 39 Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

31 Ganz aktuell sind angesichts der Allgegenwart der Europäischen Union und ihrer pionierhaften rechtlichen Konstruktion Untersuchungen zu den damit einhergehenden methodischen Problemen (Stichworte etwa: „richtlinienkonforme Auslegung", „Anwendungsvorrang").[93] Die erste „Europäische Methodenlehre" als Gesamtdarstellung hat, als Herausgeber, Karl **Riesenhuber** initiiert (Berlin 2006, 4. Aufl. 2021). Nicht nur, aber auch europarechtlich orientiert ist ein Werk von Axel **Adrian**: „Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre" (Berlin 2009). Adrian – auch er ein Praktiker (Notar) – bietet freilich noch mehr: eine eigene wissenschaftstheoretische Grundlegung und ein Bekenntnis zur *fuzzy logic*.

Sehr sympathisch sind zwei vor allem auf studentische Bedürfnisse zugeschnittene, dabei durchaus kritische Werke von Otto **Lagodny** (geb. 1958): „Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden" (Berlin 2008, 2. Aufl. 2012); „Juristisches Begründen" (Wien 2013). Das zweite geht zudem in Richtung dessen, was die NJML als Fragen der „Gelungenheit" rechtlicher Entscheidungen bezeichnet.

32 Den Schlusspunkt mag schließlich ein weiterer zeitlicher Längsschnitt setzen: drei Werke, die das juristische *Denken* zum Thema haben. Da ist zunächst die klassische „Einführung in das juristische Denken" (1956, 9. Aufl. Stuttgart 1997) von Karl **Engisch** (1899–1990) – sie liest sich heute ein wenig spröde und folgt deutlich dem heute gängigen, stark am Gesetz orientierten Modell der „Rechtsanwendung" (Untersatz, Obersatz, Subsumtion, Auslegung) und „Rechtsfortbildung" (unbestimmte Rechtsbegriffe, Lückenergänzung etc.). Ganz anders Philippe **Mastronardi** (geb. 1946) mit dem Werk „Juristisches Denken" (2001, 2. Aufl. Bern 2003). Mastronardi interessiert sich nach einem juristischen Vorspiel zunächst stark für das Denken überhaupt, vor allem für das Denken in Polaritäten („Beobachten und Teilnehmen", „System und Diskurs"[94] etc.). Erst dann folgen „Spielarten des juristischen Denkens", wobei auf Subsumtion und Syllogismus gerade einmal drei Seiten entfallen. Kurz: Das Buch ist kein Werkzeugkasten oder „Steinbruch" (Hollerbach) und auch kein System für Argumente, sondern eine schweizerisch-undogmatische Aufforderung, sich das, was wir als Juristen tun, ein wenig bewusster zu machen.

Gewissermaßen die Mitte trifft schließlich die „Kleine Schule des Juristischen Denkens" (2008, 5. Aufl. Göttingen 2023) der Strafrechtlerin Ingeborg **Puppe** (geb. 1941). Auch Puppe stellt die klassischen Themen der Methodenlehre vor (Subsumtion, Interpretation, Rechtsfortbildung etc.), vor allem aber wendet sie sich energisch gegen die „Verachtung der Logik in der Rechtswissenschaft"[95]. Damit liegt sie ganz auf der Linie der NJML – und sie ist auch die einzige, die wie wir (§ 23) die juristischen „Schemata" eines Blickes würdigt.

5. „Methodenlehre" interdisziplinär: Methodik und Methodologie

33 Der kurze Überblick über die Entwicklung „der" Juristischen Methodenlehre dürfte gezeigt haben: Sowohl ihr Gegenstand als auch die Bezeichnung werden nicht einheitlich

93 Mehr dazu in dieser NJML in § 18 Rn. 55–77.
94 Man erfährt daher sehr viel über Habermas und Luhmann.
95 *Ingeborg Puppe*, Kleine Schule des Juristischen Denkens, Göttingen 2008, S. 118–121.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestimmt bzw. verwendet. Im Groben wird man das Feld allerdings wie folgt abstecken können:

Erstens geht es um die Vermittlung des sozusagen juristischen „Handwerkszeugs" in mehr oder weniger übersichtlicher Form. Man kann dies als juristische „Technik" bezeichnen, und dies mit doppelt gutem Grund: Zum einen spricht man in Beruf und Studium ganz unbefangen von „Gutachtentechnik" (siehe z.B. § 2 Rn. 25–27, § 9 Rn. 24) und „Relationstechnik" (§ 22). Zum anderen kann man die Jurisprudenz aber auch, ein wenig anspruchsvoller, in die Tradition dessen stellen, was in der griechischen Antike *téchnē* genannt wurde: ein Mittelding zwischen Handwerk und Kunst, so wie die Rhetorik (dazu sogleich § 2), aber auch die Medizin oder die Bildhauerei.

Aus der Bildhauerei stammt denn auch das Musterbeispiel eines „Kanons" (zum Begriff s.o. Rn. 12): der Kanon des Polyklet (5. Jhdt. v. Chr.), der festlegte, welche Proportionen z.B. eine Statue haben sollte. Das Musterbeispiel eines Kunstwerks, das diesem Kanon folgt, ist Polyklets Statue eines *Doryphóros* (Speerträgers).

„Handwerk" im Sinn von schlichter körperlicher Arbeit hatte übrigens einen anderen Namen: *banausía*, und ein derartiger „Handwerker", besser übersetzt wohl „Arbeiter", war ein *bánausos*.

Zweitens geht es um eine Reflexion dieses Handwerks im Hinblick darauf, was sich 34
mit ihm erreichen lässt oder auch: was es an Legitimation beanspruchen darf. Insofern sei daran erinnert, dass Descartes der Meinung war, die richtige Methode *garantiere* die Wahrheit der damit erreichten Erkenntnis – und es ist nun hinzuzufügen, dass Karl Larenz dies offenbar auch von seinem „wertorientierten Denken" erwartet hat (vor und nach 1933, vor und nach 1945). Demgegenüber erwartet die heute wohl allgemeine Meinung von der juristischen Methode – oder *den* juristischen Method*en*? – erheblich weniger. Allerdings drückt man sich dabei um die Frage, was eine rechtliche Entscheidung richtig oder falsch macht, eher herum. Es dürfte sogar ziemlich unentschieden sein, ob die Mehrzahl der Juristinnen und Juristen überhaupt an so etwas wie rechtliche oder juristische Richtigkeit „glaubt".

Zum Verhältnis von Ironie und Pathos siehe § 3 Rn. 42 und § 30 II.

Wie auch immer: Grob betrachtet – und interdisziplinär anschlussfähig – kann man 35
das erste Feld, das Feld also, auf dem es um die bewährten professionellen Verfahren und Handlungsanweisungen geht, als „Methodik" bezeichnen. Das zweite Feld, auf dem diese Methodik kritisch auf ihre Leistungsfähigkeit, aber auch auf Fehlvorstellungen von sich selbst befragt wird, kann man recht gut „Methodologie" nennen. Eine „Juristische Methodenlehre" sollte beide Felder beackern. Auf dem ersten erleichtert sie durch ihre Anleitungen das Leben in der Profession.[96] Auf dem zweiten ist sie weniger „nett",[97] aber ebenso nötig.

96 Die Formulierung verdanke ich der Kunsthistorikerin Margarete Jarchow.

97 Siehe *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 164: Es gebe überall und auch in der Soziologie „nette, hilfsbereite Theorien und solche, die durch das Wahrscheinlichwerden des Unwahrscheinlichen fasziniert sind".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Resümee und Fortführung

36 Wir hatten eingangs gefragt, was man von der juristischen „Methode“ und „Methodenlehre“ erwarten darf: eine Garantie rechtlicher Richtigkeit? oder nur ein Arsenal von Tricks, um eine Rechtssache zu seinen Gunsten zu drehen? Nicht zuletzt vor dem bunten Hintergrund, den wir haben Revue passieren lassen, will ich mich insoweit durchaus festlegen:

Erstens. Die juristische(n) Methode(n) können die Richtigkeit einer rechtlichen Entscheidung nicht garantieren. Sie sind aber die Bedingung dafür, dass man überhaupt rational über diese Richtigkeit streiten kann: ohne juristische Methode kein rationales Recht.

Zweitens. Ich gehe davon aus, dass es rechtliche Richtigkeit „gibt“, wenn auch nur als eine sogenannte regulative Idee im Sinne Kants, als ein „Ideal“ (wie man heute sagen würde): Zwar können wir niemals klar aufzeigen („durch Beweise entscheiden“[98]), dass eine konkrete rechtliche Entscheidung „rechtlich richtig“ ist (im Kontrast zu „politisch richtig“, „wirtschaftlich richtig“, „moralisch richtig“ etc.). Gerade deswegen müssen wir eine solche Richtigkeit aber *voraussetzen*, wenn das Recht seine kritische Haltung gegenüber Politik, Wirtschaft und auch Moral bewahren soll (Genaueres unten § 30).

> Anders gewendet: wenn das Recht *in diesem Sinn* „wissenschaftlich“ sein will. Und noch einmal anders: wenn das Recht eine Würde haben soll. Denn Würde besteht gemäß der Zweckformel des kategorischen Imperativs bekanntlich darin, dass ein Gegenstand „jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel“ gebraucht wird.[99]

Andernfalls wäre das Recht schlicht nur ein Instrument – ein Machtinstrument. Vielleicht ist dies eine gute Überleitung zur Rhetorik.

98 So *Immanuel Kant*, Kritik der Urteilskraft (1790), § 56, wo es deshalb im Hinblick auf das ästhetische Urteil heißt: „*über den Geschmack läßt sich streiten* (obgleich nicht disputieren)“; zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band X, Frankfurt a.M. 1977, S. 279. – Genaueres zur Ästhetik unten § 31 II.

99 *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), S. 67, in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1977, S. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 2 Methodenlehre *in a nutshell*: Die Antike Gerichtsrhetorik

Wir haben mehrfach erwähnt, dass im Lauf der Geschichte zu den wissenschaftlichen Methoden auch – mal mehr, mal weniger – die Rhetorik gezählt wurde.[1] Was die Rechtswissenschaft betrifft, so steht ihr die Rhetorik sogar besonders nahe.[2] Dennoch ist kaum bekannt, dass wesentliche Elemente des „juristischen Denkens" schon in der Antiken Rhetorik,[3] genauer Gerichtsrhetorik, erfunden wurden.[4] 1

Natürlich hängt dies damit zusammen, dass „Rhetorik" schon immer einen schlechten Ruf hatte: bloße Schaumschlägerei mit Worten statt ernsthafte Suche nach dem Wahren, Guten und Schönen.[5]

I. Entstehung und Geschichte

Die gängige Erzählung zur Entstehung der Rhetorik lautet: Im 5. Jahrhundert v. Chr. wurde auf Sizilien in der dortigen griechischen Koloniestadt Syrakus der Tyrann Thrasybulos gestürzt. Thrasybulos hatte während seiner Herrschaft offenbar eine ganze Reihe von Gegnern vertrieben und/oder enteignet. Jedenfalls gab es nun in großem Umfang Streit um die Rückgabe von Eigentum. Die Lage entsprach also in etwa der Lage nach dem Beitritt der ehemaligen DDR zur Bundesrepublik Deutschland. 2

Die Enteignungen aus DDR-Zeiten wurden geregelt im sogenannten Vermögensgesetz (Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen – VermG –), das Bestandteil des Einigungsvertrags war.[6] Für die Enteignungen aus der Zeit davor, also unter dem Sowjetischen Besatzungsregime 1945–1949, galten andere Regeln.[7]

Um weiteres Blutvergießen zu vermeiden, kam man in Syrakus offenbar überein, die „offenen Vermögensfragen" mit rationalen Argumenten, und zwar in Rede und Gegenrede zu klären („dialektisch"[8]). Dies war die Geburt der Rhetorik, bemerkenswerter-

1 Zur Rhetorik von den Anfängen bis heute *Gert Ueding/Bernd Steinbrink*, Grundriß der Rhetorik, 5. Aufl., Stuttgart etc. 2011; zu den juristisch interessanten Partien S. 30 f., 212 (Statuslehre), S. 238 f., 265–274 (Lehre von den „Beweisen" [*písteis*]).

2 *Joachim Lege*, Die Bedeutung der Rhetorik für das Recht, in: Stephan Kirste (Hrsg.), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften, Berlin 2016, S. 315–330; siehe auch *Joachim Lege*, Was leistet „die" Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der" Antiken Gerichtsrhetorik, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–45.

3 Als Aufbereitung der Quellen immer noch maßgeblich: *Josef Martin*, Antike Rhetorik (Handbuch der Altertumswissenschaft, Abteilung 2, Teil 3), München 1974.

4 So auch die großartige (und knappe) Einführung von *Manfred Fuhrmann*, Die antike Rhetorik, 6. Aufl., Mannheim 2011, insb. S. 103–113 (zur Statuslehre).

5 Interessanterweise hat sich der Politiker *Gregor Gysi* (DIE LINKE) in seinem Buch „Was Politiker nicht sagen" (Hamburg 2022, S. 113–120) sehr kenntnisreich zur Antiken Gerichtsrhetorik geäußert.

6 Genauer: Bestandteil von dessen Anlage II, nämlich Kapitel III Sachgebiet B Abschnitt I Nr. 5 (BGBl. – Bundesgesetzblatt – 1990 II S. 1159), neu bekanntgemacht am 3.8.1992 (BGBl. I S. 1446).

7 Zu dieser Problematik *Joachim Lege*, Gleichheit im Unrecht für die Alteigentümer?, in: Neue Justiz (NJ) 2004, S. 385–389. S. auch *Joachim Lege*, Der Konkurs eines Unrechtsstaates, in: Der Staat 38 (1999), S. 1–19.

8 Griechisch *dialégesthai* bedeutet wörtlich: sich unterreden.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weise also als Gerichtsrhetorik. Sie verhalf anscheinend dazu, emotional hochbesetzte Themen einer *sachlichen* Auseinandersetzung zuzuführen – was ganz im Gegensatz steht zu dem heutigen Vorurteil gegenüber der Rhetorik. (Ein viel zu wenig bekanntes Buch trägt den Titel „Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen“[9].)

3 Als Begründer dieser Rhetorik nennt die Legende einen gewissen Korax (das ist eigentlich das griechische Wort für „Rabe“) und seinen Schüler Teisias (von ihm soll das erste Lehrbuch stammen). In der Folgezeit entwickelte sich „die“ Rhetorik weiter, vor allem aber schaffte sie den Sprung von den Kolonien in das griechische Mutterland. In den dortigen Stadtstaaten (*póleis*, Singular *pólis*), insbesondere in den demokratisch verfassten wie Athen, vermittelten sogenannte Sophisten[10] an die künftige politische Elite neben anderem nützlichen Wissen auch diese „Schlüsselqualifikation“ (gegen Entgelt, versteht sich). Wohl schon zu Sokrates‘ Zeiten (um 400 v. Chr.) hatte die Rhetorik ganz Griechenland[11] erobert, und sie blieb eine Grundlage des antiken Bildungssystems bis in die römische Zeit hinein.[12] (Die Römer haben in Sachen Bildung ja viel von den Griechen übernommen.)

4 Inhaltlich differenzierte sich das System der Rhetorik dabei immer weiter aus. Insbesondere traten neben das Fach Gerichtsrede (*génos dikanikón*) alsbald die Fächer der politisch-beratenden Rede (*génos symbouleutikón*) und der Lob- oder Tadelsrede (*génos epideiktikón*) – so schon in der „Rhetorik“ des Aristoteles (384–322 v. Chr.).[13] Wesentliche Neuerungen für die Gerichtsrede enthielt offenbar das verschollene Lehrbuch des Hermagoras von Temnos (2. Jhdt. v. Chr.) – es soll sehr trocken gewesen sein. Auch das Rhetorik-Lehrbuch von Marcus Tullius Cicero (106–43 v.Chr.), es trägt den Titel „De inventione“ (warum, dazu sogleich), widmet sich überwiegend diesem Gebiet.[14] Allmählich entwickelte sich die Rhetorik jedoch mehr und mehr zu einer Kunst des angemessenen Redens und Schreibens in jeder Situation. Derartige Stilkunde

9 *Katharina Sobota*, Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt 1990 (Sobota ist die heutige *Katharina Gräfin von Schlieffen*, und sie ist die Hauptvertreterin der „Juristischen Rhetorik“ als seriöser akademischer Disziplin.).

10 Als Sophisten bezeichneten sich im alten Griechenland Intellektuelle, die als „Wanderlehrer“ eine (Aus-) Bildung verkauften, mit deren Hilfe man insbesondere in der Politik Erfolg haben sollte. Ausführlich zu ihnen *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl., Tübingen 2006, S. 44–62, mit der Quintessenz: Der Unterricht erstreckte sich einerseits auf „enzyklopädischen Wissensstoff … andererseits auf die Vermittlung formaler Geistesbildung durch das, was später Logik und Grammatik genannt wurde, und insbesondere durch Rhetorik“. – Beim „Wanderlehrer“ sollte man sich nicht einen Rucksack vorstellen, die Sophisten werden gewiss repräsentative Räume angemietet haben.

Zur weiteren Vertiefung: *Stephan Kirste/Kay Waechter/Manfred Walther* (Hrsg.), Die Sophistik. Entstehung, Gestalt und Folgeprobleme des Gegensatzes von Naturrecht und positivem Recht, Stuttgart 2002.

11 *Ganz* Griechenland? Möglicherweise hat sich ein kleines Dorf auf dem Peloponnes – Sparta – dieser Mode erfolgreich widersetzt. In den gängigen Darstellungen zu seiner Geschichte findet sich das Stichwort jedenfalls nicht.

12 Standardwerk: *Martin L. Clarke*, Rhetoric at Rome (1953), third ed., London New York 1996; dt. Die Rhetorik bei den Römern, Göttingen 1968.

13 Preiswerte deutsche Ausgabe: *Aristoteles*, Rhetorik, Stuttgart 2007.

14 Deutsch-lateinische Ausgabe: *Marcus Tullius Cicero*, De inventione/Über die Auffindung des Stoffes. De optimo genere oratorum/Über die beste Gattung von Rednern, Düsseldorf 1998.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(im weiten Sinn) bildet den größten Teil des monumentalen Lehrbuchs „Institutio Oratoria" von Marcus Fabius Quintilianus (ca. 35–96 n. Chr.).[15]

> Eine „Institution" ist also ursprünglich ein Lehrbuch! Demgemäß beginnt auch das schon erwähnte Corpus Iuris Civilis – das ist das *big book* des Römischen Rechts – mit den so bezeichneten „Institutionen": einem Kurzlehrbuch.[16] – Das Corpus Iuris Civilis, auch dies wurde schon erwähnt, ist das für „Europa" – als kulturelle Welt – wichtigste Buch neben der Bibel. Leider weiß das kaum jemand.

Die „Institutio" des Quintilian ist gewissermaßen der Schlusspunkt der Antiken Rhetorik, sie behandelt aber das, was uns interessiert, nicht gerade zentral. Aufschlussreicher ist insofern das in Fragmenten erhaltene Lehrbuch eines gewissen Hermogenes von Tarsos, er hat während der Regierungszeit des Kaisers Mark Aurel (161–180 n.Chr.) gelebt. Ein Abschnitt aus diesem Lehrbuch ist überschrieben mit *perí stáseōs* – „Über die *stáseis*", Singular *stásis*, auf Deutsch wohl am besten am besten übersetzt mit: „Station".[17]

Ein letzter Punkt: Vor Gericht war es keineswegs der Fach-Rhetoriker selbst, der auftrat 5
(oft übrigens ein Nicht-Bürger), sondern sein Klient. Es gab noch keine Juristen, und so musste jeder Bürger seine Sache selbst vertreten. Auch Strafanklagen wurden von Privaten erhoben, der Prozess gegen Sokrates ist das berühmteste Beispiel (seine Verteidigungsrede – die „Apologie"[18] – ist erhalten[19]). Die Rhetoriker arbeiteten daher als sogenannte Logographen, d.h. Redenschreiber, und sicher auch als Coach für den großen Auftritt.

Allerletzter Punkt: Auch die Gerichte waren nicht mit Fachjuristen besetzt, sondern mit ganz normalen Bürgern, die auf Zeit in dieses Amt gewählt oder auch per Los bestimmt wurden. Dabei hatten die Spruchkörper (wie man sie heute nennt) verschiedene Größen, je nach Bedeutung des Streitgegenstandes; in Athen bestanden sie aus 200 bis 6000 „Richtern".[20] Große Prozesse fanden daher vor einer Art Volksversammlung statt – nicht zuletzt der Prozess gegen Sokrates.

II. Die „juridische" Methodenlehre der Antiken Rhetorik

Das „System" der Antiken Gerichtsrhetorik bestand zum einen aus einer Reihe von 6
„Checklisten" oder „Prüfungsschemata", an denen entlang man eine Rede konzipierte (dazu sogleich und sodann unter 1). Zum anderen enthielt sie einen Pool von formalen und materiellen Argumentationshilfen (unter 2).

---

15 Originaltitel: Institutionis Oratoriae Libri XII (= Ausbildung zur Redekunst in 12 Büchern). Deutsch-lateinische Ausgabe: *Marcus Fabius Quintilianus*, Ausbildung des Redners, 2 Bände, Darmstadt 2006 (Nachdruck der 3. Aufl. 1995).

16 Gut greifbar als Uni-Taschenbuch: *Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohsse/Thomas Rüfner*, Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen, 4. Aufl., lateinisch-deutsch, Heidelberg etc. 2013.

17 Siehe unten Rn. 18. – Sehr treffend die englische Übersetzung „On legal issues", so *Malcolm Heath*, Hermogenes on Issues. Strategies of Argument in Later Greek Rhetoric, Oxford 1995.

18 Das griechische Wort ist heute noch im englischen *to apologize* präsent.

19 Am leichtesten greifbar als Reclam-Taschenbuch: *Platon*, Apologie des Sokrates, Stuttgart 2015. In Parallelübersetzung: *Platon*, Apologie des Sokrates, griechisch-deutsch, Stuttgart 2014.

20 Im Einzelnen: *Jochen Bleicken*, Die athenische Demokratie, 4. Aufl., Paderborn 1995, S. 245–248.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine erste Checkliste gliedert die Rede in fünf Teile, in lateinischer Terminologie: (1) *exordium* (Einleitung, sie soll den Hörer aufmerksam, wohlwollend und lernwillig machen – *attentum, benevolum, docilem*); (2) *narratio* (das ist die Schilderung [„Erzählung"] des Sachverhalts) – (3) *partitio* (Präzisierung der Fragestellung) – (4) *argumentatio* (selbsterklärend) – (5) *peroratio* (Zusammenfassung und Schluss).

Eine weitere Liste betraf die Arbeitsstadien des Redners bzw. Rhetorikers mit seinem Klienten: (1) *inventio*, griechisch *heúrēsis*, wörtlich Findung, Erfindung – das ist die Stoffsammlung; sie enthielt weitere Schemata, dazu sogleich; (2) *dispositio* – das ist das Erstellen der Gliederung; (3) *elocutio* – das Ausformulieren; (4) *memoratio* – das Auswendiglernen; (5) *pronuntiatio* – der Vortrag, die Aufführung, der Ernstfall.

Ciceros Lehrbuch „De inventione" bezieht sich auf die Ziffer (1) dieses Schemas.

7 Man sieht: Dies sind sehr technische und ein wenig trivial anmutende Listen (zum Trivialen unter III). Interessanter sind die untergeordneten „Prüfungsschemata" und Argumentationshilfen, die man in der *inventio* heranziehen konnte: Statuslehre, Lehre von den Überzeugungsmitteln (*písteis*), Topik (sogleich unter 1 bis 3).

Zur folgenden Darstellung: Sie ist insofern etwas unhistorisch, als es „das" System der Antiken Rhetorik nicht gab – es gab vielmehr eine ganze Reihe von Lehrbüchern mit unterschiedlichem Aufbau.[21] Auch dürften sich die einzelnen Bereiche erst nach und nach ausdifferenziert haben. Das Folgende entwirft daher den sozusagen „Idealtypus"[22] der antiken Rhetorik – aus juristischer Sicht.[23]

Zum Begriff „juridisch": Er bedeutet „rechtlich" und wird hier in Abgrenzung zu „juristisch" verwendet. „Juristisch" wird es erst dort, wo es einen spezialisierten Juristenstand gibt, also erst im alten Rom, noch nicht bei den alten Griechen.

1. Die Statuslehre – zwei antike Prüfungsschemata

8 Die sogenannte Statuslehre gliedert sich in zwei Bereiche: die *statūs rationales* und die *statūs legales* (*statūs* – mit langem „u" – ist der Plural von *status*).[24]

Die vier *statūs rationales* schlüsseln den Lebenssachverhalt dreifach auf: (a) in das, was man juristisch die Tatfrage nennt (was ist tatsächlich geschehen?), (b, c) in zwei grundlegende Rechtsfragen und (d) in die prozessuale Frage nach der Zuständigkeit des Gerichts.

21 Ermüdender Überblick allein zur Statuslehre bei *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) III 6, 1–104.

22 Klassisch zum Begriff „Idealtypus" *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1972, § 1 I 6 und 11 (S. 4, 9–11).

23 Knapp jetzt: *Joachim Lege*, Wie entsteht Recht? Rechtsphilosophische Grundlinien, in: Juristische Schulung (JuS) 2025, 193–199 (197 f.).

24 Wunderbare Darstellung mit erkennbar juristischem Background: *Manfred Fuhrmann*, Die antike Rhetorik, 3. Aufl., München 1990, S. 103–113; Fuhrmann (1925–2005) hat bei dem berühmten Römisch- und Zivilrechtslehrer Franz Wieacker (1908–1994) studiert und war sogar eine Weile in Göttingen dessen Assistent (1953–1956), siehe *Peter Lebrecht Schmidt*, Manfred Fuhrmann †, in: Gnomon 79 (2007), S. 763–767 (764). – Streng philologischer Extrakt zur Statuslehre aus wohl allen Quellen: *Martin*, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 28–52.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die vier *statūs legales* fragen hingegen danach, wie ein „Gesetz" (lateinisch *lex*, daher der Name *legales*), auf das es im Fall ankommt, auszulegen ist – und ob man eventuell, wenn eines fehlt, ein anderes analog heranziehen kann.

Nebenbei: Die Statuslehre muss unter Juristen noch bis zu Savignys Zeiten (siehe oben § 1 Rn. 16) präsent gewesen sein. Zum Beispiel findet sie sich beim Heidelberger Professor Karl Salomo Zachariä (1769–1843) in seinem Werk „Anleitung zur gerichtlichen Beredsamkeit" (1810).[25]

a) Die *statūs rationales* – Aufschlüsselung der Tat

Beginnen wir mit den *statūs rationales*.[26] Sie erinnern, um dies gleich vorwegzunehmen, stark an das Strafrecht, insbesondere an die heutige „Straftatlehre" mit ihren Prüfungspunkten „Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld (oder auch Schuldhaftigkeit)".[27] 9

aa) *status coniecturalis* – die Tatfrage

Der erste Status trägt den Namen *coniecturalis*. Eine *coniectura* ist eine Vermutung (englisch *conjecture*) oder auch, etwas juridischer formuliert, ein Verdacht. Es geht hier also darum, ob sich ein Tatverdacht erhärten oder widerlegen lässt. Mit anderen Worten: „ob" es tatsächlich so geschehen war (lateinisch *an sit*). Hat also z.B. der A, den es anzuklagen oder zu verteidigen gilt, tatsächlich eine Goldmünze, die ihm nicht gehört, im Tempel an sich genommen?

Juristisch nennt man dies die „Tat*frage*" – im Gegensatz zur „Rechtsfrage". Für Nicht-Juristen vielleicht etwas verwirrend: Die Rechtsfrage beginnt sodann mit der Frage nach dem gesetzlichen Tat*bestand*, den die Tat des A „erfüllt" – mehr dazu sogleich.

bb) *status definitionis* – Rechtsfrage Nr. 1: Tatbestandsmäßigkeit

Gesetzt, die Wegnahme der Münze wurde dem A nachgewiesen: Wie ist seine Tat dann rechtlich zu „definieren"? Mit anderen Worten: Unter welchen gesetzlichen Tatbestand fällt dieses Verhalten? Ist es ein ganz gewöhnlicher Diebstahl (*furtum*), weil er die Münze einem Besucher weggenommen hat? Oder hat er sogar den Opferstock aufgebrochen, dann ist es die Schändung eines Heiligtums (*sacrilegium*). Oder ist auch schon der erste Fall, weil der Diebstahl im Tempel begangen wurde, zugleich ein Sakrileg?[28] Kurz, es geht darum, „was" die Tat, rechtlich betrachtet, *ist* (lateinisch *quid sit*). 10

Für Nicht-Juristen: „Tatbestand" ist ein *terminus technicus*. Ein Rechtssatz besteht aus der konditionalen Verknüpfung von Tatbestand („wenn …") und Rechtsfolge

25 *Ueding/Steinbrink*, Grundriß (Fn. 1), S. 148.

26 Überblick mit den Quellen: *Martin*, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 28–44.

27 Klassisch *Franz Horak*, Die rhetorische Statuslehre und der moderne Aufbau des Verbrechensbegriffs, in: Franz Horak/Wolfgang Waldstein (Hrsg.), Festgabe für Arnold Herdlitczka zum 75. Geburtstag, München etc. 1972, S. 121–142.

28 Beispiel nach *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) III 6, 38 und 41, VII 3, 21–24. – Klassiker werden üblicherweise nach der Gliederung des Originals zitiert, hier: Buch 3, Kapitel 6, Abschnitte 38 und 41.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(„dann soll …“). „Wenn ein Kaufvertrag geschlossen wurde, dann soll der Käufer den Kaufpreis zahlen und der Verkäufer dem Käufer die Sache verschaffen.“[29] Oder auch „Wer einen anderen Menschen tötet (= Tatbestand), ist zu bestrafen.“[30]

cc) *status qualitatis* – Rechtsfrage Nr. 2: Rechtfertigung und Entschuldigung

11 Gesetzt, es ist wirklich[31] ein Straftatbestand erfüllt: Möglicherweise kann der Täter doch etwas zu seinen Gunsten vorbringen? Dies kann zum Beispiel sein: *vis contra vim*, wörtlich Gewalt gegen Gewalt, also: Notwehr. Es kann auch eine Abwägung des verursachten Schadens mit dem Nutzen der Tat sein (*compensatio*), simples ad-hoc-Beispiel: Mit dem herausgerissenen Zaunpfahl wird der Angriff eines Löwen abgewehrt (rechtfertigender Notstand). Wegen eines Unwetters kann die Ware nicht rechtzeitig geliefert werden (Entschuldigung mit höherer Gewalt). Und so weiter. Kurz, es geht um das, was wir heute im Strafrecht Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe nennen (im Zivilrecht ist es komplizierter). Anders gewendet: Es geht um die rechtlich-ethische „Qualität“ der Tat (lateinisch *quale sit*) in ihrer Gesamtheit. Deshalb war dieser Status auch am stärksten in weitere Fallgruppen ausdifferenziert.[32]

Einen auch aus heutiger Sicht systematisch interessanten Fall behandelt eine der beiden einzigen (erhaltenen) antiken Reden, in denen eine Frau angeklagt wurde – in diesem Fall die Stiefmutter wegen Giftmordes am Vater des Anklägers.[33] Ihre Verteidigung: Es war nur ein falsch dosierter Liebestrank. Man könnte daran denken, dass hier eine Entschuldigung (*excusatio*) wegen Irrtums (*ignorantia*) vorlag.[34] In Quintilians Lehrbuch scheint der Fall eher in den *status definitionis* zu gehören: Gift (*venenum*) oder Liebestrank (*amatorium*)?[35] Dies entspräche durchaus der heutigen Dogmatik: Es ist eine Frage schon des Tatbestandes, ob es ein vorsätzlicher „Mord/Totschlag“ war oder eine „fahrlässige Tötung“.[36]

dd) *status translationis* – Rechtsweg

12 In diesem letzten Status wird geklärt, welches Gericht für die Sache zuständig ist. Beispielsweise wird für gewöhnlichen Diebstahl (*furtum*) ein anderes Gericht zuständig gewesen sein als für die Schändung von Heiligtümern (*sacrilegium*).[37]

---

29 Zum genauen Wortlaut siehe § 433 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch.

30 Zum genauen Wortlaut siehe § 212 StGB – Strafgesetzbuch.

31 Im Juristischen und schon gar in der Alltagssprache wird oft nicht deutlich zwischen „tatsächlich“ und „wirklich“ unterschieden. „Tatsächlich“ bezieht sich auf Tatsachen, salopp gesagt auf das, was sich beweisen lässt. „Wirklich“ bezieht sich auf die geistige Verarbeitung dieser Tatsachen und auf das, was dadurch bewirkt wird: Liegt wirklich ein Fall von Mord vor? Muss man wirklich Angst haben? Darf man sich wirklich freuen?

32 *Fuhrmann*, Antike Rhetorik (Fn. 24), S. 106–108.

33 *Kai Brodersen* (Hrsg.), Apollodoros, Gegen Neaira/Antiphon, Gegen die Stiefmutter, griechisch-deutsch, Darmstadt 2004.

34 *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 4, 14.

35 *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15), VII 3, 10 und 30, allerdings ohne Schilderung des Falls.

36 Zu Vorsatz- und Schuldtheorie siehe unten § 23 Rn. 22–38.

37 Ähnlicher Fall bei *Fuhrmann*, Antike Rhetorik (Fn. 24), S. 109: *peculatus* (Entwendung von Staatsgut) oder gewöhnlicher Diebstahl (*furtum*)?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Die *statūs legales* – Interpretation von Rechtstexten

Die *statūs legales* sind, schlicht gesagt, die juridische Auslegungslehre der Antike.[38] Anders als die Bezeichnung *legales* (von *lex*) vermuten lässt, thematisieren sie nicht nur die Interpretation von Gesetzen (*leges*), sondern auch von anderen autoritativen Rechtstexten, z.B. privaten Willenserklärungen im Testament. Man kann die *staūs legales* also recht elegant als die Lehre von Gesetzes- und Vertragsauslegung bezeichnen. (Noch genauer wäre: Lehre von der Auslegung autoritativer Texte – s.u. § 14 –, also z.B. auch von militärischen Befehlen.) 13

aa) *scriptum et voluntas* – Wortlaut und Wille

Der erste Status thematisiert, dass zwischen dem Wortlaut des Gesetzes (*scriptum*) und dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers (*voluntas*) ein Konflikt bestehen kann. Beispiel: Ein Gesetz schreibt vor, dass jeder Ausländer, der auf der Stadtmauer angetroffen wird, zum Tod verurteilt werden soll (Zweck: Spionageabwehr). Bei einem Angriff der Nachbarstadt beteiligt sich nun ein Ausländer heldenhaft an der Verteidigung – von der Stadtmauer aus. Es liegt auf der Hand, dass das Gesetz diesen Fall nicht bestrafen will.[39] Aus heutiger Sicht handelt es sich um einen Fall der historisch-teleologischen Auslegung (s.u. § 15d Rn. 2, 6, 8). 14

bb) *leges contrariae* – sich widersprechende Gesetze

Als Schulbeispiel für zwei sich widersprechende Gesetze findet man folgenden Fall: Ein erstes Gesetz schreibt vor, dass demjenigen, der einen Tyrannen tötet, im Gymnasion ein Standbild gewidmet werden soll. Das zweite Gesetz schreibt vor, dass es im Gymnasion[40] keine Standbilder von Frauen geben soll. Wie verfährt man mit einer Tyrannenmörderin? Leider beschränkt sich Quintilian darauf, das Problem zu schildern, er bietet keine Lösung.[41] Heute könnte man den Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* heranziehen: das speziellere Gesetz verdrängt das allgemeine (aber welches ist dies hier?). 15

Bei Cicero gibt es schon einen Katalog von zehn Empfehlungen, wie man solche Widersprüche auflösen kann, u.a. den noch heute gebräuchlichen Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* – das spätere Gesetz verdrängt das frühere.[42]

cc) *ambiguitas* – Doppeldeutigkeit

Der mit *ambiguitas* bezeichnete Status betrifft Fälle, in denen ein Wort oder eine Wortverbindung doppeldeutig ist. Dabei spielte im Griechischen eine Rolle, dass in den schriftlichen Texten oft keine Akzente gesetzt wurden. Schulbeispiel für ein mehrdeutiges Gesetz: Es setzt im Tatbestand zwar eindeutig voraus, dass eine Hetäre – also eine 16

38 Überblick mit den Quellen: *Martin*, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 44–52.

39 *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 6, 5–6.

40 Das *gymnásion* war der Sportplatz (vgl. englisch *gym*) – so genannt, weil man(n) dort nackt (*gymnós*) seine Leibesübungen verrichtete.

41 *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 7, 5.

42 *Cicero*, De inventione (Fn. 14) II 49, 145–147; dort zumindest im Ansatz auch schon der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* (das spezielle Gesetz verdrängt das allgemeine).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Frau, die einen gehobenen weiblichen Begleitservice anbietet – verbotenerweise Goldschmuck trägt.[43] Die Rechtsfolge kann man dann aber so lesen (man achte sogleich auf den Akzent im ersten Wort), dass in diesem Fall der Goldschmuck Volkseigentum wird (*dēmósia éstō*) oder die Hetäre (*dēmosía éstō*).[44] Beispiel für ein doppeldeutiges Testament: Der Erblasser ordnet an, eine *statuam auream hastam tenenten* zu errichten. Das kann eine goldene Statue sein, die eine Lanze hält, oder eine Statue, die eine goldene Lanze hält – je nachdem, ob man das *auream* auf *statuam* oder *hastam* bezieht.[45]

Auch in diesen Fällen bieten die Quellen keine Patentlösung, vielmehr sind offenbar beide Seiten „vertretbar" (auch heute eine höchst wichtige juristische Kategorie, § 33 II). Empfohlen wird, sich manchmal zu fragen, welche Variante dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, aber immer zu fragen, welche Variante gerechter (*aequius*[46]) ist und was zur Art des Autors passt.[47]

Ein wunderbares Beispiel dafür, dass man im Juristischen schon immer große Phantasie bei der Konstruktion von Schulfällen hatte, zeigt ein Fall mit drei Schiffbrüchigen, den man bei Cicero findet.[48]

dd) *syllogismus* oder *ratiocinatio* – analoge Anwendung eines Gesetzes

17 Schulbeispiel für den Status mit der Bezeichnung *syllogismus* (wörtlich Zusammenlesung)[49] oder auch *ratiocinatio* (wörtlich Schlussfolgerung)[50] ist wieder ein Fall, in dem eine Frau eine Rolle spielt. Er ist ziemlich konstruiert: Die Frau, die von ihrem Mann vielfach geschlagen wurde, verabreicht ihm einen Liebestrank – und verlässt ihn dann. Daraufhin bringt sich der Mann aus Liebeskummer um. Die Frau wird wegen Giftmordes angeklagt. Schon Quintilian hat überlegt,[51] ob dies nicht auch ein Fall des *status definitionis* sein könnte: Lässt sich ein Liebestrank unter den Begriff „Gift" subsumieren? Oder sind dann die Grenzen des Wortlauts überschritten? So dass man das Gesetz eben nur analog heranziehen kann?

---

43 Fall bei *Hermogenes*, berichtet von *Martin*, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 50.

44 Zur Erinnerung: Im alten Griechenland gab es ganz selbstverständlich Sklavinnen und Sklaven. Die zweite gegen eine Frau gerichtete antike Rede (s. bei Fn. 35) hat denn auch zum Gegenstand, ob sich eine Hetäre die athenische Staatsbürgerschaft erschlichen hat, mit der Folge, dass sie in die Sklaverei zu verkaufen ist.

45 *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 9, 8.

46 Meist wird *aequus* mit „billig" übersetzt, aber das ist heute missverständlich. Die beste Übersetzung wäre wohl: einzelfallgerecht. („Gerecht" heißt auch und vornehmlich *iustus*, ist dann allerdings eher die Eigenschaft einer Person (z.B. ein gerechter Mensch) oder einer Aktion (z.B. ein gerechter Krieg).

47 *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 9, 15.

48 *Cicero*, De inventione (Fn. 14) II 51, 153–154. In Kürze: Ein Schiff gerät in einen Sturm. An Bord: der Eigner/Kapitän und der Eigentümer der Ladung. Hinzu kommt ein Schiffbrüchiger, den sie retten. Der Kapitän steigt in das Rettungsboot und nimmt das Schiff von dort an die Leine. Es passieren weitere Unglücksfälle. Am Ende die Frage: Wem gehört die Ladung?

49 So die Terminologie bei *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 8, 1.

50 So die Terminologie bei *Cicero*, De inventione (Fn. 14) II 50, 148.

51 *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 8, 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schlichteres Beispiel: Soll die Strafe für den Vatermord auch bei Muttermord angewendet werden?[52] (Für Nicht-Juristen: Im heutigen Strafrecht wäre dies nicht möglich, dort gilt unbestritten ein Analogieverbot.[53])

c) Resümee

Natürlich muss man mit historischen Vergleichen und vor allem mit dem Wiedererkennen heutiger Phänomene in früheren Zeiten[54] vorsichtig sein (*hindsight bias*, siehe § 35 Rn. 56–59). Natürlich geht es hier erst recht nicht darum zu zeigen, dass es „nichts Neues unter der Sonne" gibt.[55] Allerdings lässt sich nicht leugnen: Die Statuslehre der antiken Gerichtsrhetorik weist in ihren beiden Teilen – der Sachverhaltsanalyse (*statūs rationales*) und der Interpretationslehre (*statūs legales*) – ganz gewaltige Parallelen zum heutigen „juristischen Denken" auf. Dies wird sich im Folgenden noch vertiefen. 18

Möglicherweise hat sich der Begriff *status* untergründig bis heute erhalten in der sogenannten Relationstechnik, mit der die Richterin oder der Richter in zivilrechtlichen Streitigkeiten den Sachverhalt aufbereitet. Dort prüft man nacheinander die folgenden „Stationen": Prozessstation (Zulässigkeit), Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung), Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung), Beweisstation, Tenorierungsstation. Genauer dazu unten § 22.

2. Die Beweis- und Überzeugungsmittel (*písteis, argumentatio*) – formale Argumentationstechnik

Wenn der „Status" eines Falls geklärt war, bestand der nächste Schritt darin, für die eigene Version und Bewertung dieses Falls die geeigneten Überzeugungsmittel zusammenzubekommen. Dem diente – immer noch in der *inventio* (Stoffsammlung) – die Lehre von der *argumentatio* oder auf Griechisch: von den *písteis* – was von Altphilologen meist mit „Der Beweis" übersetzt wird.[56] Aus juristischer Sicht ist es treffender, von „Beweis- und Überzeugungsmitteln" zu sprechen (griechisch *peíthein* bedeutet „überzeugen, überreden"). 19

Eine erste Unterscheidung dieser Lehre von den *pisteis* differenzierte nämlich zwischen den *písteis technoí* und den *pisteis átechnoi* – den „technischen" und den „untechnischen" *písteis*. Nur die zweiten, die *pisteis átechnoi*, sind das, was wir heute als „Beweismittel" bezeichnen: Zeugen, Urkunden, Sachverständige, Augenschein (§§ 371–444 der

52 *Quintilian*, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 8, 6.

53 … denn § 1 StGB – Strafgesetzbuch – und Art. 103 Abs. 2 GG – Grundgesetz – lauten: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit *gesetzlich bestimmt* war, bevor die Tat begangen wurde."

54 Ich denke hier an die beliebten Rückprojektionen auf die Zeit der Menschen als Jäger und Sammler. Sie werden häufig bemüht, um Geschlechterklischees zu bestärken. Die Zeit des Sesshaftwerdens, des Beginns einer mühevollen Landwirtschaft ist offenbar weniger sexy. – Klassisch zur sozialen Bedeutung der Unterscheidung von „Plackerei" und Heldentat: *Thorstein Veblen*, The Theory of the Leisure Class. An Economic Study in the Evolution of Institutions (1899); deutsch: Theorie der feinen Leute, Frankfurt a.M. 1993.

55 So auch *Horak*, Statuslehre (Fn. 27), S. 121–142. – Die Formulierung stammt übrigens aus der Bibel (Buch Kohelet 1, 9): „Was einmal geschah, wird wieder geschehen, und was einmal getan wurde, wieder getan, und nichts ist wirklich neu unter der Sonne" (zitiert nach der Zürcher Bibel 2007).

56 So etwa *Martin*, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 95–119; *Fuhrmann*, Antike Rhetorik (Fn. 4), S. 89–97.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zivilprozessordnung – ZPO). Im antiken Recht gehörte weiteres dazu, zum Beispiel Gerüchte und Folter. Für unseren jetzigen Kontext sind diese „untechnischen" Beweise nicht weiter interessant.

a) Der rhetorische Syllogismus: Subsumtionstechnik

20 Umso interessanter ist ein zentraler Teil der *písteis technoí*, der „technischen" Überzeugungsmittel (sie heißen so, weil sie eben eine *téchnē* erfordern, s.o. § 1Rn. 4, 33). Gemeint ist der sogenannte rhetorische Syllogismus: Er erinnert, um auch hier das Ergebnis vorwegzunehmen, in seiner vollständigen Form frappierend an das Subsumtionsschema, das deutschen Juristinnen und Juristen vom Beginn des Studiums an eingebleut wird.

Syllogismus heißt wörtlich Zusammen-Lesung. Als Terminus technicus der Logik bedeutet es „Schlussfolgerung" (genauer dazu § 5 III).

aa) Vollständiger rhetorischer Syllogismus (Epichirem, *epicheírēma*)

21 Der vollständige rhetorische Syllogismus besteht aus fünf Gliedern, daher der Name *epicheírēma* (= das, was zur Hand – *cheír* – ist[57]), eingedeutscht Epichirem. Diese fünf Glieder oder Teile finden sich am schönsten ausformuliert in Ciceros „De inventione" (wer des Lateinischen nicht mächtig ist, mag zwei Absätze überspringen):

Quinque igitur partes sunt eius argumentationis quae per ratiocinationem tractatur:

***propositio**, per quam locus is breviter exponitur, ex quo vis omnis oportet emanet ratiocinationis;*

***approbatio**, per quam id quod breviter expositum est rationibus affirmatum probabilius et apertius fit;*

***assumptio**, per quam id quod ex propositione ad ostendendum pertinet assumitur;*

*assumptionis **approbatio**, per quam id quod assumptum est rationibus firmatur;*

***complexio**, per quam id quod conficitur ex omni argumentatione breviter exponitur.*[58]

Übersetzt (zunächst sehr wörtlich und ein wenig mühsam):

Fünf Teile also gehören zu derjenigen Argumentation, die mittels einer Schlussfolgerung (*ratiocinatio*) durchgeführt wird (*tractatur*):

Obersatz (propositio, wörtlich: Voranstellung), durch den kurz der Gesichtspunkt (locus, wörtlich: Ort) herausgestellt wird, aus dem die ganze Kraft der Schlussfolgerung entspringen soll;

Validierung (approbatio),[59] mit der das, was kurz vorangestellt wurde, mit Gründen (rationibus) gefestigt und dadurch wahrscheinlicher (probabilius) und offensichtlicher (apertius) gemacht wird;

---

57 Auch die Bezeichnung „Chirurg" ist davon abgeleitet: *cheir-oúrgos* ist jemand, der mit der Hand werkelt; *érgon* ist das Werk oder auch die Arbeit, daher der Ergometer.

58 *Cicero*, De inventione (Fn. 14) I 37, 67; die nachfolgende ausufernde Illustration (I 37, 68–69) lässt diese Struktur allerdings kaum erkennen.

59 Vielleicht kann man *approbatio* ganz elegant auch mit „Begründung" übersetzen – aber das klingt sehr nach einem deduktiven „denn" und passt deshalb gänzlich nur für den Untersatz. Und man kann natürlich auch an die „Approbation" als Arzt oder Apotheker denken, also an die amtliche Zulassung

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Untersatz (*assumptio*, wörtlich: Hinzufügung), durch den das hinzugefügt wird, was sich aus dem Obersatz auf das erstreckt, was aufzuzeigen ist. (*Klärung siehe unten*)

Validierung (*approbatio*) des Untersatzes, wodurch das, was hinzugefügt wurde, mit Gründen (*rationibus*) gefestigt wird.

Zusammenfassung (*complexio*), durch die das, was sich aus der ganzen Argumentation ergibt, kurz herausgestellt wird (*exponitur*).

Oder frei und in Kurzform: 22

(1) Obersatz, aus dem sich der Maßstab ergibt;
(2) Erläuterung und Validierung des Obersatzes;
(3) Untersatz, in dem hinzugefügt wird, was aus dem Obersatz im konkreten Fall für das Ergebnis relevant ist. – *Siehe das folgende Beispiel.*
(4) Erläuterung und Validierung des Untersatzes;
(5) Ergebnis.

Man sieht leicht, wie sehr dies dem heutigen Schema entspricht, mit dem ein Fall unter das Gesetz „subsumiert" wird:

(1) Wer einen anderen Menschen heimtückisch tötet, ist wegen Mordes mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen (§ 211 StGB).
(2) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
(3) A hat den B *heimtückisch* getötet.
(4) Er hat nämlich, als B schlief, den Gashahn aufgedreht.
(5) Also ist A wegen Mordes mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Wir werden sehen, dass dies genau die Struktur ist, mit der wir auch heute im Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) arbeiten (§ 8).

bb) Exkurs I: Unvollständiger rhetorischer Syllogismus (Enthymen)

Schon in der Antike hat man gewusst, dass man nicht jedes Argument in dieser Weise voll ausführen kann, wenn man das Publikum nicht langweilen will. Es reicht zu sagen: „A hat beim B eine Fensterscheibe eingeschlagen. Er ist daher wegen Sachbeschädigung zu bestrafen."[60] Dass man dies breiter ausführen *könnte*, wird unter Juristinnen und Juristen als selbstverständlich unterstellt. 23

In der Antiken Rhetorik wurden dergestalt abgekürzte Syllogismen *enthýmēma* genannt (eingedeutscht Enthymem) – wohl, weil sie wegen der Kürze kraftvoller sind: Das Argument wirkt gleichsam unmittelbar im (*en*) Herz (*thymós*).

Unklar ist, ob „dem Enthymem" darüber hinaus eine besondere Bedeutung zukommt. Eine Reihe von Vertretern der aktuellen juristischen Rhetorik ist dieser Meinung, es gibt sogar einen Sammelband, der sich dem Thema widmet.[61] Richtig 24

zum Beruf (§ 2 Bundesärzteordnung, § 2 Bundes-Apothekerordnung). – Wörtlich bedeutet *approbare*: „zustimmen, billigen", manchmal auch einmal „segnen" oder „beweisen".

60 Wie man es wortreich schlechter macht, zeigt *Fritjof Haft*, Einführung in das Juristische Lernen, 6. Aufl., Bielefeld 1997, S. 376.

61 *Katharina Gräfin von Schlieffen* (Hrsg.), Das Enthymem. Zur Rhetorik des juridischen [sic] Begründens, Berlin 2011; dort auch zu vielen weiteren Verständnissen von Enthymem, gerade schon in der Antike.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dürfte sein: Einen eigenständigen Erkenntniswert hat das Enthymen nicht: Eine valide juridische Begründung ist immer potentiell fünfgliedrig.

Was allerdings die überzeugende *Darstellung* schon einfacher rechtlicher Entscheidungen angeht – nehmen wir eine Behördenentscheidung in Gestalt eines Verwaltungsakts – so wäre sie hoffnungslos überfrachtet, wenn man jeden einzelnen Schritt der Begründung explizit nennen würde. Derartige Begründungen bestehen daher aus einem „Netz von Enthymemen" – Katharina Sobota hat dies eindrücklich nachgezeichnet.[62] Sie schwimmen auf diese Weise gleichsam auf dem Meer des mit den Adressaten geteilten Alltags- und Fachwissens, sie verdichten es im Hinblick auf einen konkreten Fall und entwickeln es dabei zugleich fort (sei es bestätigend, sei es innovativ). Dass man an vielen Punkten weiter „in die Tiefe gehen könnte", versteht sich von selbst. Es wäre aber Ressourcenvergeudung.

cc) Exkurs II: zum Gutachten- und Urteilsstil

25 In meiner Vorlesung zur Rechtsphilosophie ist *immer* die Frage aufgetaucht, wie sich dieses Rhetorische Schema zum sogenannten Gutachtenstil[63] verhält. (Für Nicht-Juristen: Das ist der „Stil", der in juristischen Klausuren für die Fallbearbeitung verlangt wird, vom ersten Semester bis zum Ersten Examen.)

Antwort: Im Gutachtenstil werden die Schritte (2) und (3) vertauscht und Schritt (3) in die Form einer Frage gebracht. Schematisch:

(1) Wer einen anderen Menschen heimtückisch tötet, ist wegen Mordes (mit lebenslanger Freiheitsstrafe) zu bestrafen (§ 211 StGB).
(3) *Zu prüfen ist, ob* A den B *heimtückisch* getötet hat.
(2) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
(4) Er hat, als B schlief, den Gashahn aufgedreht. B war also arg- und wehrlos.
(5) Also ist A wegen Mordes (mit lebenslanger Freiheitsstrafe) zu bestrafen.

26 Im sogenannten Urteilsstil (den man erst im Zweiten Examen kennen und beherrschen muss) ist sogar noch mehr umzustellen. Insbesondere beginnt man mit dem Ergebnis, also in etwa wie folgt:

(5) A hat sich wegen Mordes strafbar gemacht.
(1) Einen Mord begeht, wer einen anderen Menschen heimtückisch tötet (§ 211 StGB).
(3) A hat den B heimtückisch getötet.
(2) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
(4) A hat, als B schlief, den Gashahn aufgedreht. B war also arg- und wehrlos.

27 An der *logischen Struktur* des gesamten Arguments – d.h. des fünfgliedrigen Syllogismus – ändert sich durch diese Umstellungen und auch durch die Varianten in der Formulierung *nichts*. Es handelt sich vielmehr, wie ein geschätzter Kollege einmal formuliert hat, um „Formalkram".

---

62 Siehe *Katharina Sobota* (jetzt Gräfin von Schlieffen), Sachlichkeit (Fn. 9), S. 48, 57–64; dort wird ein Text von 15 Zeilen auf 8 Seiten logisch entfaltet (oder salopp gesagt: aufgedröselt); Überschrift des Kapitels: „Der angedeutete Syllogismus".

63 Dazu ausführlich z.B. *Brian Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, Berlin etc. 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Allerdings muss man diesen Formalkram ernst nehmen, weil sich in ihm die jeweilige professionelle Rolle *darstellt*. Das Gutachten ist erst ein Vorschlag zur Lösung – wichtigster Anwendungsbereich: die sogenannten Kollegialgerichte, die aus mehreren Richtern bestehen und in denen jeweils einer, als „Berichterstatter", für die anderen das Gutachten verfasst.

Im Urteil hingegen wird das, was den Rechtsunterworfenen am meisten interessiert, nämlich die Rechtsfolge, an den Anfang gestellt und anschließend möglichst nachvollziehbar begründet.

b) Komplexe Argumente: Argumente *a fortiori* (Erst-recht-Schlüsse) etc.

28 Zurück zur Antiken Rhetorik! In der Lehre von den Beweis- und Überzeugungsmitteln (*argumentatio*) finden sich des Weiteren Anleitungen für komplexere Argumente.[64] Am bekanntesten sind insofern auch heute noch die *argumenta a fortiori*, wörtlich übersetzt: Argumente „vom Stärkeren her" (*fortis* = stark, daher englisch *force*). Besonders treffend kann man sie als „Erst-recht-Schlüsse" bezeichnen, sei es nun vom Größeren auf das Kleinere (*a maiore ad minus*) oder vom Kleineren auf das Größere (*a minore ad maius*).

Beispiele bei Aristoteles: Wenn nicht einmal die Götter alles wissen, um wieviel weniger die Menschen. Umgekehrt: Wenn Theseus nicht Unrecht getan hat, als er die Helena raubte, dann auch nicht Paris.[65]

Zwei etwas aktuellere Beispiele: Wenn ein Rechtsprofessor vor dem Bundesverwaltungsgericht als Prozessvertreter auftreten darf (*maius*),[66] dann „erst recht" vor dem Verwaltungsgericht (*minus*). Wenn für recht*mäßige* Enteignungen eine Entschädigung zu leisten ist (*minus*), dann „erst recht" für rechts*widrige* Enteignungen (*maius*).[67] – Dass dieser letzte Schluss falsch war, weil er zwei verschiedene Begriffe von Enteignung vermengt hat (Äquivokation), steht auf einem anderen Blatt.

c) Die Lehre von den Fehlschlüssen

29 Dies leitet über zur Lehre von den Fehlschlüssen. Die Antike Rhetorik hat auch diesen Bereich eingehend untersucht, vor allem wohl, um derartige Fehlschlüsse beim Gegner aufzudecken. In diesem Sinn gibt es von Aristoteles ein ganzes Buch mit dem Titel „Sophistische Widerlegungen".[68]

Der wohl häufigste Fehlschluss ist der Schluss von der Wirkung auf die Ursache: „Ein guter Wissenschaftler wird häufig zitiert, Wissenschaftler X wird häufig zitiert, also ist X ein guter Wissenschaftler." Es kann freilich sein, dass X und seine Freunde nur sehr gut darin sind, sich gegenseitig zu zitieren und dadurch die Zitierhäufigkeit zu manipulieren (man nennt dies Zitierkartelle).

---

64 Leider nicht sehr übersichtlich: *Martin*, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 101–119.

65 *Aristoteles*, Rhetorik (Fn. 13) II 23, 1397b 4–5.

66 So ehemals § 67 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

67 BGHZ 6, 270 – Einweisung in Mietwohnungen (1952) (Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band 6, Seite 270).

68 Deutsche Ausgabe: *Aristoteles*, Topik/Sophistische Widerlegungen, 2. Aufl., Hamburg 1995.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

30 Ein weiterer Fehlschluss beruht darauf, dass mit einem Wort verschiedene Dinge bezeichnet werden (Äquivokation[69]), das Beispiel „Enteignung" haben wir schon erwähnt. Typische Fehlschlüsse sind auch der Zirkelschluss und die petitio principii.

Ausführliche Darstellung solcher Fehlschlüsse im Juristischen in dem von *Egon Schneider* (1927–2014) begründeten (1965) und von *Friedrich Schnapp* (1938–2022) fortgeführten Werk „Logik für Juristen".[70] Eine knappe und schöne Darstellung auch bei *Olaf Muthorst*, „Grundlagen der Rechtswissenschaft"[71].

3. Die Topik – Fundorte (*tópoi*) inhaltlicher Argumente

31 Nicht verkannt hat die Antike Gerichtsrhetorik, dass alle Argumentations- und Subsumtions„technik" wenig nützt, wenn man in der Sache keine guten Gründe hat. Insoweit ist am wichtigsten zu wissen, dass es im antiken Griechenland noch kein derart ausdifferenziertes und professionell betriebenes Recht gab wie heute. Insbesondere gab es keine Entscheidungssammlungen und keine Urteilsbegründungen, sogar die Gesetze waren nicht „von Amts wegen" zu beachten, sondern wurden von den Beteiligten als „Beweismittel" eingebracht (*písteis átechnoi*, s.o. Rn. 19).[72] Kurz: Man konnte nicht wie heute in einen Kommentar schauen und dort für diesen Fall oder jenes Gesetz ein systematisch gut eingepasstes Argument finden. Folglich orientierte man sich im alten Griechenland bei der Suche nach „Orten" (*tópoi*, Singular *tópos*; lateinisch *loci*, Singular *locus*), wo man inhaltliche Argumente findet, an Katalogen anderer Art. Solche Topoikataloge wurden manchmal in die Rhetoriklehrbücher integriert.[73] Es gab aber auch selbständige Topiken, deren Systematik freilich nicht sehr juridisch ausgerichtet war.

32 So ordnet z.B. die „Topik" des Aristoteles[74] – aus heutiger Sicht reichlich abstrakt – die Orte, an denen man Argumente finden kann, in die folgenden fünf großen Schubladen: *tópoi* zum Akzidens (= nicht-charakteristische Eigenschaft), *tópoi* zum Wünschenswert-Guten, *tópoi* zur Gattung, *tópoi* zum Proprium (= „eigentliche"[75] Eigenschaft), *tópoi* zur Synonymie (= Äquivokation, siehe Rn. 30). Außerdem enthält das Buch eine Definitionslehre und – abschließend – Regeln für einen Disput. Man sieht: Diese „Topik" ist keineswegs spezifisch auf das Juridische ausgerichtet.

Das Gleiche gilt für die „Topica" von Cicero[76] und wohl auch für alle danach folgenden Topik-Bücher. Sie dienen einer allgemeinen, nicht spezifisch gerichtlichen Argumentationslehre. Die Kataloge von rechtlich relevanten Gesichtspunkten wur-

69 Aus linguistischer Sicht zu den dadurch ermöglichten Begriffsstrategien: *Hans Hannappel/Hartmut Melenk*, Alltagssprache, 2. Aufl., München 1984, S. 227–229, 282–284.

70 7. Aufl., München 2016.

71 2. Aufl., München 2020.

72 So etwa in dem Prozess gegen die Hetäre Neaira in der zweiten (erhaltenen) gegen eine Frau gerichtete Rede aus der antiken Rhetorik: *Kai Brodersen* (Hrsg.), Neaira/Stiefmutter (Fn. 33), S. 66/67, 92/93, 116/117.

73 So bei *Aristoteles*, Rhetorik (Fn. 13) II 18–26 (1391b-1403b), wobei es dort für alle Redearten (also nicht nur die Gerichtsrede) durcheinander geht.

74 *Aristoteles* (Fn. 68).

75 *Proprium* ist das Eigentum (englisch *property*).

76 Lateinisch-deutsche Ausgabe: *Cicero*, Topik, Hamburg 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den hingegen mehr und mehr – und zwar schon bei den Römern – eine Sache von Spezialisten, sprich: Juristen.

Nicht ohne weiteres verständlich ist daher, dass es in der Nachkriegszeit in der deutschen Rechtswissenschaft eine durchaus erfolgreiche Renaissance der Topik gab. Auslöser dieser sogenannten Topik-Diskussion war das Buch „Topik und Jurisprudenz" (1953) von Theodor Viehweg (1907–1988).[77] Zu erklären ist dessen Erfolg vielleicht damit, dass nach den eher verzweifelten Versuchen, angesichts der Schrecken des Nationalsozialismus das „Naturrecht" wiederzubeleben,[78] erstmals wieder ein leicht ironischer Ton in die Diskussion kam (Hauptthese: Problemdenken versus Systemdenken). Genauer dazu unten § 15c Rn. 34–38. 33

III. Das Nachwirken der Antiken Rhetorik

Die Antike Rhetorik hat die Antike[79] durchaus überlebt. Insbesondere hatte die Rhetorik an den mittelalterlichen Universitäten ihren festen Platz (deren erste war seit 1088 Bologna, entstanden übrigens aus einer Rechtsschule). Rhetorik war dort Teil des (wohl erst später so bezeichneten) *studium generale*,[80] d.h. des allgemeinen Studiums, das alle Studenten durchliefen, bevor sie zu den drei höheren Fakultäten – Jurisprudenz, Medizin, Theologie – zugelassen wurden. 34

Dieses *studium generale* bestand aus den *septem artes liberales* (sieben freien Künsten),[81] die wiederum unterteilt wurden in das Trivium (wörtlich Dreiweg), das im ersten Semester studiert wurde, und das Quadrivium (wörtlich Vierweg) im zweiten Semester. Das Trivium bestand aus den Fächern Grammatik, Rhetorik und Dialektik (= Logik), das Quadrivium aus den Fächern Arithmetik, Geometrie, Musik und Astronomie.[82] Insofern wurde die Rhetorik ein zwar nur „trivialer" Teil der akademischen Bildung – aber immerhin.[83]

Bereits erwähnt wurde, dass rhetorische Inhalte auch noch in der sogenannten „Logik von Port-Royal" von 1667 weitertransportiert wurden (§ 1 Rn. 13). Nicht unwahrscheinlich ist zudem, dass Rhetorik in den Lehren der „Practischen Jurisprudenz" fortwirkte (§ 1 Rn. 16) – so dass vielleicht auch die berühmten vier *canones* der Auslegung, die 35

77 5. Auflage: München 1974. Zur Einordnung: *Gerhard Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 183–197.

78 Standardwerk: *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 1994.

79 Als Ende der Antike wurde früher meist die Abdankung des letzten weströmischen Kaisers im Jahr 476 angesetzt; heute dehnt man die Epoche offenbar aus, so dass auch die letzten oströmischen Kaiser – bis zum Jahr 641 – noch dazugehören.

80 Anfangs hatte „studium generale" offenbar eine andere Bedeutung, siehe *Jacques Verger*, Studium, in: Lexikon des Mittelalters, Band 8, Lachen am Zürichsee 1999, Spalten 255–256.

81 Genauer *Heinrich Schippergen*, Artes liberales, in: Lexikon des Mittelalters, Band 1, Lachen am Zürichsee 1999, Spalten 1058–1063.

82 Seine Wurzeln hat all dies letztlich in dem Bildungsplan, den Platon in seiner „Politeía" entworfen hat. – Höchstes Lob für dieses Programm: *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Teilband 2, Frankfurt a.M. 1997, S. 951: „Bei näherem Zusehen erscheint […] eine eindrucksvolle, geschlossene Konzeption, der man heute nichts annähernd Gleichwertiges entgegenzusetzen hätte. Im Trivium geht es um Kommunikation, im Quadrivium um die Welt."

83 Demgegenüber ist „banal" das, was auch ein einfacher Arbeiter (*bánausos*) kann.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

man Savigny zuschreibt (§ 15d), nichts anderes sind als eine Abwandlung der vier *statūs legales*. Das muss hier freilich nicht vertieft werden, denn seit dem 19. Jahrhundert ist die (antike) Rhetorik als akademisches Grundlagenfach offenbar ausgestorben.

36 Zusammenhängen dürfte dies damit, dass sich die Wissenschaften ein völlig neues Selbstverständnis erarbeitet hatten. Sie erhoben nunmehr den Anspruch, mit „neuen Methoden" – neben Descartes (§ 1 Rn. 5–7) ist hier das „Novum Organum" (1620) von Francis Bacon (1561–1626) zu nennen[84] – die *Wahrheit* zu erforschen, oder genauer: *neue* Wahrheiten. Ein Selbstverständnis von Wissenschaft als Kunst, als *ars*, als *téchnē* passte hierzu offenbar immer weniger. Denn was deren Leistungsfähigkeit angeht, war schon Aristoteles eher skeptisch gewesen. Er schreibt in seiner „Topik":

> „Denn weder wird der Rhetoriker in jeder Lage überzeugen noch der Arzt in allen Fällen heilen. Wenn er nur nichts von dem auslassen wird, was an Handwerkszeug zur Verfügung steht, werden wir sagen können, dass er seine Wissenschaft (*epistḗmē*!)[85] kompetent (*hikanós*) innehat."[86]

Dem Wissenschaftsideal der Neuzeit konnte dies nicht mehr genügen.

84 Auch dies ein sehr merkwürdiges Buch. Deutsche Ausgabe: *Francis Bacon*, Neues Organon, Teilband I und Teilband II, lateinisch-deutsch, Hamburg 1990, Lizenzausgabe Darmstadt o.J. – Die Bezeichnung „Novum Organum" konnte höher nicht gegriffen sein: Das „alte" Organon (griechisch *órganon* = Werkzeug, Maschine, auch Musikinstrument) war die Sammelbezeichnung für sechs Bücher des Aristoteles, darunter die Kategorienlehre, die beiden Analytiken (seine „Logik") und die Topik. Sie galten bis dahin als die verbindliche wissenschaftliche Methodologie schlechthin. Zudem war Bacons „Novum Organon" auch der Form nach revolutionär: Es bestand zum größten Teil aus Aphorismen. (Es mag sein, dass Bacons Selbstsicherheit auch darin ihren Grund hatte, dass er eine Weile als Englands Lordkanzler amtiert hatte.).

85 Zum Ausrufezeichen: *epistḗmē* bezeichnet eigentlich das „wahre", theoretische Wissen. Demgegenüber wurde das, was Rhetoriker oder Ärzte betreiben, als *téchnē* bezeichnet, das ist ein Mittelding zwischen Handwerk und Kunst (siehe schon § 1 Rn. 4 und 33). Ganz konsequent ist Aristoteles also nicht.

86 *Aristoteles*, Topik (Fn. 68), Buch 1 Kapitel 3; meine Übersetzung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zweiter Teil: Die Logik der Rechtserzeugung

Mit dem folgenden Zweiten Teil der „Neuen Juristischen Methodenlehre“ (NJML) wird es nun „wirklich ernst“. Es beginnt, mit anderen Worten, die **Dogmatik** der Juristischen Methode. Damit ist zweierlei gesagt. Erstens: Es gibt nur **eine** juristische Methode, sie definiert oder besser **konstituiert** geradezu, was **Recht** und Rechtswissenschaft ausmacht (ganz ebenso wie auch die Naturwissenschaften durch ihre Methode konstituiert werden). 1

Man könnte die juristische(n) Methodenlehre(n) daher durchaus als die Theorie(n) der Verfassung (*constitution*) der Jurisprudenz bezeichnen.

Zweitens: Dogmatik handelt davon, was richtig ist. Es ist daher gut möglich, dass man von der juristischen Methode falsche Vorstellungen hat – und es demgemäß mehr oder weniger zutreffende Methodenlehren („Dogmatiken“) gibt. 2

Dogmatik kommt von griechisch *dógma* (auch *dóxa*), das heißt „Meinung“ – im Gegensatz zur *epistḗmē*, dem wahren „Wissen“. Nichtsdestoweniger geht zum Beispiel Platon davon aus, dass es auch unter den Meinungen richtige und falsche gibt – und es müssen dann etwa in seinem Idealstaat die „Wächter“ eine „richtige Meinung vom Schrecklichen“ haben (*orthḗ dóxa toũ deinoũ*) – gemeint: eine richtige Meinung von Recht und Unrecht.[1]

Nach meiner Überzeugung nun haben die deutschen juristischen Methodenlehren einige sehr falsche Vorstellungen davon, „was Juristen wirklich tun“[2], wenn sie ihre Fälle entscheiden (oder auch ein Gesetz oder einen Vertrag gestalten). Und ich halte dies für gefährlich, weil es das Recht und die Rechtswissenschaft ideologieanfällig[3] macht. 3

Oder gar selbst zu einer Ideologie[4] – die eben nicht weiß, was sie tut.

---

1 *Joachim Lege,* „Die richtige Meinung vom Schrecklichen“. Platon über das Staats- und Verwaltungsrecht, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow, Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 271–280.

2 Vgl. *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2008, S. 207–232.

3 Klassiker einer „anti-ideologischen Tendenz“ in der Rechtstheorie und Methodenlehre: *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), S. 16–18 et passim (= und durchgehend), zitiert nach der von Matthias Jestaedt herausgegebenen Studienausgabe, Tübingen 2008, S. 29–30.

4 Eine Ideologie zieht, knapp gesagt, aus ihren Grundbegriffen zu weitgehende Schlüsse, zum Beispiel aus dem Begriff Gott, dass es ihn gibt. Oder aus einer zutreffenden Analyse der politischen Ökonomie, dass sich mit ihr *alles* erklären ließe (Marxismus); und falls nicht: umso schlimmer für die Wirklichkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 3 Zur Rolle der Logik in der „Juristischen Methodenlehre“

1 Diese Ideologieanfälligkeit hat folgenden Grund: Die herrschende juristische Methodenlehre – oder genauer im Plural: die herrschend*en* Methodenlehr*en* (als verschiedene Dogmatiken zu der einen juristischen Methode) haben eine falsche, nämlich **zu enge Vorstellung von** der **Logik**. Dies führt dazu, dass man meint, die wesentlichen rechtlichen Entscheidungen (Wertungen, Einsichten) würden „außerhalb der Logik“[1] getroffen – was im Klartext heißt: außerhalb dessen, was sich rational begründen lässt. Dies wiederum eröffnet große Spielräume: sei es, indem sich das Recht gegen die Außenwelt immunisiert (und nur noch seine eigenen Schemata abspult). Oder sei es, indem das Recht den Außenwelten einen allzu großen Einfluss bei der Bestimmung seiner Inhalte zugesteht (und insbesondere der Politik und der öffentlichen Meinung[2] das Spiel überlässt).

Möglicherweise ergänzt sich beides auch ganz gut: Wer betriebsblind ist, lässt sich gut manipulieren.

2 Ein Meister in der Kunst, Begriffe eng zu fassen, damit das Wesentliche ganz woanders stattfindet, war übrigens Carl Schmitt. In seiner kleinen Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“[3] fasst er zwei dieser Arten besonders eng: Der Normativismus denkt, das Recht sei ein *Fahrplan*, der Dezisionismus denkt, das Recht sei eine reine, einsame, voraussetzungslose *Entscheidung*. Klar, dass dann die Wahrheit in der Mitte liegen muss: im sogenannten „konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken“, dem sich das wahre Wesen des Rechts erschließt – damals mit der Gestalt des Führers als der obersten Rechtsquelle.[4] (Dieselbe Taktik auch in der Schrift „Staat – Bewegung – Volk“[5], wo das entscheidende die „Bewegung“ ist; die Bewegung des Nationalsozialismus, versteht sich.)

I. Die herrschende Meinung (h.M.) in den Methodenlehren: Geringschätzung der Logik

Für nichtjuristische Leser vorweg: Die „herrschende Meinung“, abgekürzt h.M., ist in der deutschen Jurisprudenz ein wichtiger Argumentationsfaktor. Zu ihrer Problematik später mehr.

---

1 So am deutlichsten *Olaf Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft. Methode – Begriff – System, 2. Aufl. München 2020, § 6 Rn. 20 – übrigens ein sehr zu empfehlendes Werk.

2 … und ihrer, wenn man so will, nicht-rechtlichen „Dogmatik“ (griechisch *dógma* = Meinung).

3 Hamburg 1934; 2. Aufl. Berlin 1993 (55 Seiten).

4 Staatsrechtliche Folgerung: Die konkrete Gestalt des „Führers der Bewegung“ dürfe man nicht zum „Staatsorgan“ deklassieren (!), vielmehr sei der „Staat als besondere Ordnungsreihe … nur ein Organ des Führers der Bewegung“ (S. 18 f., 55).“ Unglaublich.

5 Hamburg 1933; 3. Aufl. Hamburg 1935 (46 Seiten). Methodologische Folgerung: „So betrachtet, gibt es heute überhaupt nur noch ‚unbestimmte‘ Rechtsbegriffe“ (S. 44). Und S. 46: „Wir suchen eine Bindung, die zuverlässiger, lebendiger und tiefer ist als die trügerische Bindung an die verdrehbaren Buchstaben von tausend Gesetzesparagraphen. Wo anders könnte sie liegen als in der [ergänze: rassebestimmten] Artgleichheit?“.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In den herrschenden „großen" juristischen Methodenlehren, also bei *Larenz/Canaris*, *Zippelius*, *Thomas M. J. Möllers* oder *Franz Reimer*, findet sich zur Logik meist sehr wenig.[6] Ausführlicher sind Darstellungen, in denen die Methodenlehre als Teil der Rechtstheorie begriffen wird – so vor allem bei *Adomeit/Hähnchen* und *Rüthers*.[7] Ebenfalls ausführlicher sind Darstellungen, die sich eher „an den Anfänger" wenden: so etwa die „Methoden und Techniken der Rechtsanwendung"[8] von *Beaucamp/Beaucamp*. Es scheint geradezu, als ob sich die „erwachsenen", durchsozialisierten Juristinnen und Juristen[9] der Logik ein wenig schämten: zu trivial, zu selbstverständlich.[10] An diesem Meinungsbild ändern die nun wieder sehr ins Detail gehenden Darstellungen der „Logik für Juristen", sei es traditionell von *Schneider/Schnapp*,[11] sei es modern von *Joerden*[12] und *Sieckmann*[13], nicht viel (ebensowenig wie das leicht subversive Büchlein von *Aichele/Meier/Renzikowski/Simmert*[14]). 3

Wie schon Charles Sanders Peirce (1839–1914) einmal gesagt hat: „Nur wenige kümmern sich darum, Logik zu studieren, weil jeder sich in der Kunst des schlussfolgernden Denkens schon tüchtig genug glaubt. Aber, wie ich beobachte, ist diese 4

6 Am meisten noch bei *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1983, S. 271–277, gekürzt schon bei *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg u.a. 1995, S. 91–98; arg wenig bei *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 1–8 (im Sachverzeichnis fehlt das Stichwort Logik ganz); *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. Baden-Baden 2020, Rn. 40–44 (auch hier fehlt im Register das Stichwort Logik); etwas mehr bei *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 16 I und II (S. 79–81).

7 *Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 18a-36; *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, Rn. 677–692.

8 5. Aufl., Heidelberg 2023, Rn. 122–155. – Übrigens ein schöner Buchtitel! Auch wenn ich selbst der Meinung bin, dass es nur *eine* juristische Methode gibt.

9 In der deutschen Feministischen Rechtswissenschaft herrscht ein gewisses Desinteresse an der Methodenlehre, siehe *Lena Foljanty/Ulrike Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 2020: Dort finden sich in der Einleitung einige eher programmatische Aussagen (Rn. 17–19), die darauf schließen lassen, dass man sich der „klassischen juristischen Methoden", insbesondere Savignys Viererkanons, auch mit einem „anderen als dem herrschenden Wissenschaftsbegriff" bedienen kann. Wenn ich es richtig sehe, spricht dieser Wissenschaftsbegriff dem Recht einen kognitiven Eigenwert weitgehend ab. Jedenfalls versteht er Dogmatik als „Herrschaftsdiskurs", anders gewendet: als Machtspiel.

Weniger grundsätzlich nutzen *Elisabeth Greif/Eva Schobesberger*, Einführung in die feministische Rechtswissenschaft, Linz 2003, S. 101–121, zunächst den klassischen Viererkanon der Auslegung (Wortlaut, Systematik, Historie, Teleologie) als Einbruchstelle für feministische Aspekte (z.B. Auslegung von Generalklauseln, Begriff der Vergewaltigung u.a.). Allerdings bedürfe es weiterer „Methoden feministischer Rechtswissenschaft" (S. 122–128), um – meine Formulierung – diesem Schema Material zu liefern. Gefordert seien daher Methodenpluralismus und Transdisziplinarität, und ein gewisses Problem ist die Forderung nach Objektivität und Neutralität (im Anschluss an Susanne Baer). – In der 2. Aufl. 2007 ist die Überschrift „Methoden feministischer Rechtswissenschaft" merkwürdigerweise durch „Zusammenfassung und Ausblick" ersetzt worden.

10 *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 6), § 16 II (S. 81): „… dann ist die nun folgende Subsumtion nur mehr eine Trivialität." Zum Begriff Trivium siehe oben § 2 Rn. 34.

11 *Egon Schneider/Friedrich Schnapp,* Logik für Juristen, 7. Aufl., München 2016.

12 *Jan C. Joerden*, Logik im Recht, 3. Aufl., Heidelberg u.a. 2018.

13 *Jan-Reinard Sieckmann*, Logik der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2020.

14 *Alexander Aichele/Jakob Meier/Joachim Renzikowski/Sebastian Simmert*, Einführung in die Logik und ihren Gebrauch, München 2015.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zufriedenheit auf das eigene Schlussfolgern beschränkt und erstreckt sich nicht auf das der anderen.“[15]

Kurz: In den herrschenden juristischen Methodenlehren herrscht eine gewisse Geringschätzung, vielleicht sogar Verachtung[16] der Logik.

1. Das Gebiet der Logik (h.M.): Justizsyllogismus und Subsumtion

5 Demgemäß kann man mit der gebotenen Vereinfachung sagen: Nach herrschender Meinung hat die Logik im juristischen Denken genau zwei „Anwendungsbereiche“: den sogenannten Justizsyllogismus und den Subsumtionsschluss.

a) Der sogenannte Justizsyllogismus

6 Der sogenannte Justizsyllogismus[17] hat die folgende Gestalt (am Beispiel des – hier verkürzt wiedergegebenen – „Mordparagraphen“ § 211 StGB – Strafgesetzbuch):

Regel: Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
Fall: A hat den Menschen B heimtückisch getötet.
Resultat: Also ist A mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Abstrakter formuliert:

Wenn der gesetzliche Tatbestand X erfüllt ist, soll die Rechtsfolge Y eintreten.
Der gesetzliche Tatbestand X ist erfüllt.
Also möge die Rechtsfolge Y eintreten.

Noch abstrakter:

Wenn TB, dann RF.
Hier TB.
Also RF.

7 Man erfährt in den gängigen Methodenlehren dann noch, dass die Form dieses Schlusses in der Logik als *Modus ponens* bezeichnet wird, genauer als *Modus ponens ponendo*. Der ebenso wichtige *Modus tollens tollendo* – „Der Tatbestand liegt *nicht* vor, daher *keine* Strafe“ – wird hingegen nicht einmal erwähnt – vielleicht deshalb, weil in ihm

15 The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 (Collected Papers, ed. by Charles Hartshorne and Paul Weiss, Cambridge/Mass. 1931–35, reprint 1960, Band 5 Paragraph 35); deutsch in: *Charles S. Peirce*, Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1976, Neudruck 1991, S. 149. – Dies ist offenbar eine Anspielung auf den ersten Satz von Descartes‘ „Discours de la méthode“ (dazu oben § 1 Rn. 5), der da lautet: „Der gesunde Menschenverstand (*bon sens*) ist die bestverteilte Sache der Welt, denn jedermann meint, damit so gut versehen zu sein, dass selbst diejenigen, die in allen übrigen Dingen schwer zu befriedigen sind, davon gewöhnlich nicht mehr haben wollen, als sie schon haben.“

16 So der Vorwurf von *Ingeborg Puppe*, Kleine Schule des Juristischen Denkens, Göttingen 2008, S. 118–121 (auch in den Folgeauflagen).

17 Er wird allerdings nicht stets so genannt. *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 6), S. 271, nennt ihn den „Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung“, andere sprechen schlicht nur vom „Syllogismus“ (als wenn es nur diesen einen gäbe). Die Bezeichnung „juristischer Syllogismus“ ist schon genauer, verdeckt aber, dass auch die „Subsumtion“ ein Syllogismus ist. „Justizsyllogismus“ ist daher am treffendsten – und klingt auch ganz einfach knackig.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schon das Wort „wenn" anders interpretiert werden muss als in der üblichen Logik[18] (nämlich als „immer *aber auch nur* wenn"[19])?

b) Der sogenannte Subsumtionsschluss

Der sogenannte Subsumtionsschluss hat die folgende Gestalt: 8

Regel: Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
Fall: A hat die Arg- und Wehrlosigkeit der Frau F und der Tochter T ausgenutzt.
Resultat: Also liegt ein Fall von Heimtücke vor.

Abstrakter formuliert:

Die Tatbestandsvoraussetzung X ist gekennzeichnet[20] durch die Merkmale M1, M2 und M3.
Die Tat des A ist gekennzeichnet durch die Merkmale M1, M2 und M3.
Also liegt ein Fall der Tatbestandsvoraussetzung X vor.

Noch abstrakter:

Alle X sind M1, M2 und M3.
A ist M1, M2 und M3.
Also gilt: A ist X.

Dieser Schluss wäre freilich, wenn man ihn als einen Schluss der deduktiven Logik interpretieren würde – das ist die Logik der formal zwingenden Schlüsse –, ein klassischer Fehlschluss: 9

Alle Hühner haben zwei Beine.
Sokrates hat zwei Beine.
Also ist Sokrates ein Huhn.

Allerdings könnte man ihn als eine nicht-deduktive Schlussfolgerung interpretieren (genau genommen: als eine qualifizierende Induktion, dazu unten § 6 Rn. 25–26, *40–41*) – und dann hat er, aber *nur als eine Vermutung*, seine Berechtigung.

Erstaunlicherweise wird die nicht-deduktive Natur des Subsumtionsschlusses in den herrschenden Methodenlehren kaum bemerkt geschweige denn als das wahrgenommen, was sie nach der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) sein kann: ein erster Schritt auf dem Weg zu einer „*working logic*", die uns ein paar Scheinprobleme erspart (zu ihnen jetzt gleich im Anschluss). 10

2. Das Gebiet außerhalb der Logik (h.M.): Wertung und Kreativität

Zunächst liegt freilich auf der Hand, dass die soeben genannten beiden Schlussfolgerungen irgendwie zusammenhängen. Noch einmal im Klartext: 11

18 In der üblichen Logik heißt „wenn": *immer wenn*. Daher ist der Schluss: „Immer wenn (aber nicht *nur* wenn) es regnet, muss ich an dich denken. Es regnet nicht. Also muss ich nicht an dich denken" *nicht* zwingend.

19 Also als Ausdruck einer sowohl hinreichenden als auch notwendigen Bedingung, siehe *Jan C. Joerden*, Logik im Recht (Fn. 12), S. 19–21; siehe auch unten § 5 III Rn. 115 f.

20 Bei *Larenz*, Methodenlehre (Rn. 6), S. 273, tritt ganz unscheinbar ein kleines Wort hinzu: „... ist *vollständig* gekennzeichnet". Damit wird aus dem nicht-deduktiven Schluss ein deduktiver, und die *working logic* wird dergestalt kastriert, dass alles Neue und alles Wichtige auf anderem als logischem Weg in das Recht hineinkommen muss: durch „wertorientiertes Denken".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel: Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
Fall: A hat seine Frau F und die Tochter T heimtückisch getötet.
Resultat: Also ist A mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Regel: Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
Fall: A hat die Arg- und Wehrlosigkeit der F und der T ausgenutzt.
Resultat: Also liegt ein Fall von Heimtücke vor.

12 Allerdings stellt sich sodann die große Frage, wie man eigentlich dazu kommt, in den beiden *Prämissen* (also den ersten beiden Sätzen der Schlussfolgerung) die problematischen Begriffe so und nicht anders zu *definieren* („Heimtücke“) bzw. ihnen einen bestimmten Sachverhalt in der rohen und rauen Lebenswelt *zuzuordnen* („Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit“).

In unserem **Heimtücke**-Beispiel etwa diesen Fall: A hat den Gashahn aufgedreht, als X und Y schliefen, damit sie ersticken.[21]

13 Wie kommt man von diesem rohen Lebensfaktum zum abstrakten Rechtsbegriff in unserem Hirn? Ganz offenbar, sagt die h.M., kann diese Zuordnung nicht „rein logisch“ geschehen, vielmehr muss doch wohl ein „Element der Wertung“ einfließen? Ein Element der Wertung, das sozusagen die „Kluft“ zwischen der Lebenswelt und dem Recht überbrückt?

Ein noch deutlicheres Beispiel für eine Wertung ist der Begriff „Gewalt“ im Strafrecht.[22] Ist eine „gewaltlose“ Aktion wie die Sitzblockade einer Zufahrt oder einer Autobahn, sei es nun mit oder ohne Sekundenklebstoff, ein Fall von „Gewalt“ im Sinn des § 240 StGB (Strafgesetzbuch)? Und folglich als „Nötigung“ der Kraftfahrer, die nicht weiterkommen, zu bestrafen?[23]

Die „Kluft“ findet sich vielfach auch graphisch dargestellt: meist oben das Recht, unten das Leben, und man nähert beides in immer kleineren Schritten, das heißt mit immer weiteren Definitionen, Definitionen und Definitionen einander an[24] – im Prinzip in einem unendlichen Regress. Das ist geradezu verstörend.[25] Umso besser, dass es diese Kluft in Wahrheit gar nicht gibt (s.u. § 5 Rn. 47–49).

---

21 Originalfall aus dem Jahr 1956: BGHSt (GS) 9, 385 (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [Großer Senat] Band 9, Seite 385). Hierzu bereits J*oachim Lege*, Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion. Eine Kampfansage an die Verächter der Logik, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 259–280.

22 Dazu bereits *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhindert, Frankfurt a.M. 2008, S. 207–232 (216 ff.).

23 Klassisch dazu zunächst bejahend BVerfGE 73, 206 – Sitzblockaden I (1986) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 73, Seite 206), sodann verneinend BVerfGE 92, 1 – Sitzblockaden II (1995). – Weiterführung für die Variante des Sich-Ankettens BVerfGE 104, 92 (2001). Die Grenze zur Satire überschreitend schließlich der Beschluss der Ersten Kammer des Ersten Senats vom 07.03.2011 in BVerfGK 18, 365 (Sammlung der Entscheidungen der Kammern des Bundesverfassungsgerichts): Billigung der sogenannten „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs: Der erste Kraftfahrer wird *nicht* genötigt, wohl aber der zweite, der wegen des ersten anhalten muss.

24 Zum Beispiel: *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 6), § 4 Rn. 4 und 15; *Muthorst* (Fn. 1), § 6 Rn. 2, 7, 16.

25 Schön auf den Punkt: *Carsten Bäcker*, Juristisches Begründen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327 (324).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Wertungen und Werturteile

Aber woher kommt dann diese „Werterkenntnis"? Woher kommen die „Wertungen", die dann gleichsam in den Rechenschieber der Logik eingesetzt werden und dort mechanisch-trivial das richtige Ergebnis ausspucken? 14

Ich muss gestehen, dass ich auf diese Frage bisher nirgends eine auch nur einigermaßen befriedigende Antwort bekommen habe. Und dies gerade auch dort, wo sich die Autoren zu einer „Wertungsjurisprudenz" bekennen (wie *Karl Larenz*; zu ihm und seiner Vergangenheit in Nationalsozialismus schon oben § 1 Rn. 23). Kommen die Wertungen irgendwie doch aus dem *Recht* und seinem „inneren System"? So wie z.B. die Formulierung „Wertordnung des Grundgesetzes" es vermuten lässt? Oder kommt die Wertordnung des Grundgesetzes in Wahrheit *von außen*, aus der Ethik, zum Beispiel aus einer dem Recht vorgegebenen ewigen Menschenwürde? Oder gar aus aktuell herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen, die etwa im Hinblick auf den Begriff Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) einen Verfassungswandel bewirkt haben könnten (mehr dazu § 4 Rn. 3, § 15c Rn. 70)? Aber liest man auf diese Weise nicht in das Grundgesetz lediglich hinein, was man herausholen will?

> Jüngst hat das Bundesverfassungsgericht zum Beispiel aus dem Grundgesetz herausgelesen: ein Grundrecht auf ausreichende Gesetzgebung zum Schutz vor dem Klimawandel, dies sogar mit „objektivrechtlicher Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen";[26] ein Grundrecht der Kinder auf eine trotz Seuchenschutz („Corona") ausreichende schulische Bildung.[27] 15

Wie auch immer: Ich habe auf dieses „Wertungsproblem" bislang keine überzeugende Antwort bekommen. So gut wie einig scheint man sich nur darin zu sein, dass diese Wertungen und Werturteile **außerhalb der Logik** zu gewinnen sind. Sie müssen in die Prämissen des Schlussfolgerns gleichsam von außen eingespeist werden.

b) Kreativität („schöpferische Elemente")

Besonders deutlich zeigt sich dieses „Einspeisen von außen", wenn sich das Recht ändert, genauer: wenn das Recht geändert wird, noch genauer: wenn *wir* das Recht – sofern wir dafür die Kompetenz haben – *ändern*. Führen wir insofern unseren **Heimtücke-Fall** fort – es ist ein klassischer Fall aus den Entscheidungen des Großen Senats des Bundesgerichtshofs (BGH) in Strafsachen: 16

> In den frühen 1950er Jahren veruntreute der städtische Vollzugsbeamte A etwa 400 DM, das war damals viel Geld. Als er deshalb entlassen werden sollte, versuchte er, nicht nur sich selbst zu töten, sondern auch seine Frau F und seine Tochter T, und zwar gerade, weil er sie sehr liebte: Er wollte ihnen Entehrung und Not ersparen. Also öffnete A den Gashahn, als F und T schliefen. A wurde gerettet, F und T erstickten.[28]

Die Richter des BGH hatten damals zunächst keine Mühe, das Verhalten des A unter den bis dahin geltenden Begriff der Heimtücke zu subsumieren: Wer schläft, ist arg- und wehrlos, und wer ihn oder sie in diesem Zustand ersticken will, nutzt dies aus. Und doch wollten die Richter den A ganz offenbar nicht wegen Mordes lebenslang ins 17

26 BVerfGE 157, 30 (2021) – Klimaschutz (2021). Der Beschluss umfasst 148 Seiten.
27 BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II (2021). Der Beschluss umfasst 94 Seiten.
28 BGHSt (GS) 9, 385 (1956).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gefängnis stecken: Er erschien ihnen offenbar durch den Verlust von Frau und Tochter schon gestraft genug.

Und „lebenslang“ hieß damals wirklich noch: das ganze Leben lang bis zum Tod. Erst ein berühmtes Urteil des Bundesverfassungsgerichts[29] hat dazu geführt, dass es heute bedeutet: in aller Regel 15 Jahre (§ 57a StGB).

Was also tun? Nun, die Richter definierten den Begriff „Heimtücke“ einfach um. Zur Heimtücke gehöre als zusätzliches Begriffsmerkmal eine „feindliche Willensrichtung“, das ist das sozusagen Tückische daran.

18 Wie kommt man aber nun, als Richter, auf eine solche Idee? Im Gesetz stand sie jedenfalls nicht, und die Logik hat sie auch nicht vorgegeben. Vielmehr gilt offenbar: Es gibt bei der Rechtsfindung[30] nicht nur „wertende“ Elemente, sondern auch „kreative“, „schöpferische Elemente“.[31] Und auch diese Elemente befinden sich **außerhalb der Logik**. Mit anderen Worten: Die Zurichtung der Prämissen ist keine Frage der Logik, sondern geht der Logik voraus. Das leuchtet doch unmittelbar ein, oder?

Ich will dies, im Vorgriff auf die ausführliche Darstellung der Logik in § 5, schon hier widerlegen. Es gibt nämlich ein *logisches Gesetz*, das besagt: Wenn man den *Inhalt* eines Begriffs erweitert (hier: wenn man dem Begriff „Heimtücke“ das weitere Definitionsmerkmal „feindliche Willensrichtung“ hinzufügt), dann verengt man seinen *Umfang* (das heißt, man verringert die Sachverhalte, die er umfasst).[32] Die Tat des A „fällt dann nicht mehr unter den Begriff“.

19 Weitere Beispiele gäbe es zuhauf. Noch recht aktuell ist das NPD-Verbotsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Es ging um die Frage, wann eine Partei im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG (also begrifflich) „darauf aus**geht**“, die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik zu beseitigen. Nach der früher herrschenden Meinung war dies der Fall, wenn dies ihr Programm war (und so war auch das Programm der NPD). Seit dem Urteil des BVerfG ist es erst dann der Fall, wenn der Partei insofern auch Erfolg winkt – und dann fiel die NPD eben nicht mehr unter diesen Begriff.[33] Das ist eine ganz alltägliche juristische Logik.

---

29 BVerfGE 45, 187 – Lebenslange Freiheitsstrafe (1977).

30 Man denke, nebenbei, kurz zurück an die *inventio* in der Antiken Gerichtsrhetorik (oben § 2 Rn. 6 f.).

31 Klassiker zu diesem Topos der Methodenlehre: BVerfGE 34, 269 – Soraya (1973); ausführlich dazu unten § 27 I.

32 Und umgekehrt: „Je weiter der Anwendungsbereich [= Umfang], desto enger der Begriffsinhalt.“ In dieser Form war das übrigens auch Larenz durchaus bekannt. Er erwähnt es aber nur ganz nebenbei am Anfang seines „Exkurses“ zu Hegels konkret-allgemeinem Begriff, und dies auch nur, weil dieses logische Gesetz nicht bei allen Begriffen funktioniert (*Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin etc. 1979, S. 439–443; in der 6. Aufl. 1991 gestrichen). Damit hat er ja Recht, etwa bei Generalklauseln (siehe § 15a Rn. 51–68). Nur rechtfertigt dies nicht eine andere, eine teleo-logische Logik, mit der sich im Konkreten Beliebiges begründen lässt (siehe schon § 1 Rn. 23 bei und in Fn. 60–67, außerdem § 15c Rn. 8–10). – Allgemein zu „Intension/Extension“ (= Begriffsinhalt/Begriffsumfang) unten § 9 Rn. 20–23 und § 15a Rn. 5.

33 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren (2017) genauer dazu unten § 29 Rn. 26–32. Das Urteil umfasst 350 Seiten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bedenklich „kreativ" wird es erst dann, wenn das BVerfG durchblicken lässt, es könne sich vorstellen, wie man solche Parteien klein halten kann: durch Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung.[34] Die Politik hat dies in dem neuen Art. 21 Abs. 3 GG dankbar umgesetzt. Und die NPD ist seither nur noch eine Partei, die – neuer Begriff – „darauf aus**gerichtet**" ist, die „FDGO"[35] zu beseitigen.

Wie auch immer: Die ganz herrschende Meinung in der Juristischen Methodenlehre 20
geht davon aus, dass alles Wesentliche im juristischen Denken „außerhalb der Logik" stattfindet oder der Logik irgendwie „vorgeordnet" ist.

II. Die Neue Juristische Methodenlehre: Logik, Logik, Logik

Demgegenüber geht die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) davon aus, dass alles 21
– wirklich *alles* – „juristische Denken" der Logik unterworfen ist. Es ist, nein: Es *muss* mehr sein als „Emotion pur", es muss sich der Herausforderung stellen, logisch schlüssige, nachvollziehbare Begründungen zu liefern und sich dadurch der **Kritik** – im weiten Sinn von „Bewertung"[36] – zu stellen. Denn was außerhalb der Logik ist, liegt außerhalb der Kritik.

Die NJML fasst nun allerdings den Begriff „Logik" weiter, als es die gängigen Methodenlehren und wohl auch die meisten Vertreter der Fachphilosophie tun. Ihre Hauptthese lässt sich daher mit nur wenig Übertreibung wie folgt formulieren:

Die juristische Methode besteht aus **Logik, Logik, Logik**.

Natürlich bedarf dies der Erläuterung. Dies soll in vier kleineren Thesen und einem Annex geschehen.

1. „Logik" umfasst nicht nur die deduktive Logik

Die **erste These** lautet: Logik umfasst nicht nur die deduktiven (zwingenden) 22
Schlussfolgerungen, sondern auch die nicht-deduktiven Schlussfolgerungen (eine erste Andeutung hierzu bereits oben Rn. 9–10). Beide spielen, wie noch zu zeigen sein wird, geradezu zusammen.

a) **Deduktive** Schlussfolgerungen sind dadurch gekennzeichnet, dass für den Fall, dass die Prämissen *wahr* sind, auch die Konklusion (das Resultat) *notwendig wahr* ist.[37] Das berühmteste Beispiel ist der Schluss:

34 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren (2017) – Rn. 606 (eine einzige!).

35 Kürzel für die freiheitlich-demokratische Grundordnung. In den alten 1970er Zeiten hauptsächlich von deren Gegnern verwendet.

36 Altgriechisch *krínein* = scheiden, sondern, sichten, unterscheiden. – *Immanuel Kants* „Kritik der reinen Vernunft" (Riga 1781) ist also nicht etwa eine Abwertung, sondern eine positive und negative Bewertung unserer Erkenntnisvermögen („Vernunft" im weiten Sinn): Was können wir wissen, was aber auch nicht (zum Beispiel, dass es Gott oder Freiheit oder eine Seele gibt).

37 Hier nur als Fußnote: Wenn eine der Prämissen falsch ist, dann bleibt der Schluss seiner *Form* nach (d.h. als Syllogismus) *gültig*, er „transportiert" aber die Unwahrheit des *Inhalts* der Prämisse in die Konklusion: „Alle Menschen sind grün, Sokrates ist ein Mensch, Sokrates ist grün". Auch sie, die Konklusion, wird also *material* falsch.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Alle Menschen sind sterblich.
Sokrates ist ein Mensch.
Sokrates ist sterblich.

Ein solch deduktiver Schluss ist auch der eingangs erwähnte **Justizsyllogismus** („Wenn Tatbestand, dann Rechtfolge; hier Tatbestand; also Rechtsfolge“). Wenn in ihm Obersatz und Untersatz stimmen, dann stimmt auch das Ergebnis.

Zum Begriff Syllogismus später mehr (§ 5 III). Hier verwende ich die Begriffe „Schlussfolgerung“, „Schluss“ und „Syllogismus“ noch synonym.

23 b) Es gibt aber auch Schlüsse (wie den **Subsumtionsschluss**), die nicht den Anspruch auf Wahrheit, sondern nur auf eine gewisse *Wahrscheinlichkeit* erheben können. Man bezeichnet sie als **induktive** Schlüsse, und es gibt insofern zwei Varianten.

Erste Variante:

Alle Menschen sind sterblich.
Sokrates ist sterblich.
Sokrates ist ein Mensch.

Er könnte aber auch ein Schimpanse sein. Denn der Schluss ist seiner Form nach nicht schlüssiger als der oben schon einmal erwähnte:

Alle Hühner haben zwei Beine.
Sokrates hat zwei Beine.
Also ist Sokrates ein Huhn.

24 Zweite Variante:

Sokrates ist ein Mensch und sterblich
Xanthippe ist ein Mensch und sterblich.
Alle Menschen sind sterblich.

Auch solche induktiven Schlüsse oder Induktionen sind Teil der Logik, wobei man sich darüber streiten kann,[38] ob dies eine Logik in einem weiteren Sinn ist (so offenbar die Fachphilosophie) oder ein gleichsam flüssigerer Aggregatzustand der *einen* Logik (so die hier vertretene Meinung[39]). Wie auch immer, als eine derartige Logik im weiten Sinn wird seit dem 19. Jahrhundert die „Logik“ der empirischen Wissenschaften

38 Siehe etwa *Erich Tugendhat/Ursula Wolf*, Logisch-semantische Propädeutik, 1983, S. 15: „eine bloße Definitionsfrage“.

39 Die daran anschließende These lautet: Die *Gültigkeit der deduktiven Logik* beruht geradezu darauf, dass die „flüssigen“ induktiven Schlüsse, wenn man auf der *materialen* Seite der Schlussfolgerung den Zustand vollkommener Informiertheit erreicht hätte (was wir nie wissen), *immer* in einen „festen“ deduktiven Schluss *umschlagen würden* – sofern dieser *formal* gültig ist. Beispiel: Wenn wir alle Menschen durchgezählt haben und alle gestorben sind, dann *würden* wir endgültig wissen: Die Schlussfolgerung „Alle Menschen sind sterblich, Sokrates ist ein Mensch, Sokrates ist sterblich“ ist eine formal gültige Deduktion. Dass *alle* Schlussfolgerungen, die diesem Schema folgen – man bezeichnet es als Modus Barbara –, formal gültig sind, bleibt hingegen eine Vermutung! Hierzu bereits *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 89: „Die Gültigkeit deduktiver Argumente beruht darauf, dass sie sich, wenn man sie in ein nicht-deduktives Argument umdeutete, in dem Idealfall vollständiger materialer Richtigkeit immer bewähren *würden*; ein Fehler könnte niemals zu Lasten der Form gehen.“ Und umgekehrt: „Die Gültigkeit (formale Richtigkeit) nicht-deduktiver Argumente beruht darauf, dass sie letztlich, wenn sie sich in jeder Hinsicht als material richtig erweisen, in eine Deduktion umschlagen *würden*.“

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verstanden: Wir formulieren mit Hilfe dieser Logik Vermutungen (man sagt auch Hypothesen), die wir dann im Experiment überprüfen können.

Klassiker sind *John Stuart Mill*, A System of Logic, Rationative and Inductive, 1843; *Karl Raimund Popper*, Logik der Forschung, 1934/35.

c) Wir werden allerdings sehen, dass die Bezeichnung „induktiv" zu eng oder zu ungenau ist, um *alle* nicht-deduktiven Schlüsse zu erfassen. Es gibt nämlich auch Schlüsse – wir werden sie mit Peirce als **abduktiv** bezeichnen –, die über die induktive *Verallgemeinerung* (soeben Variante 2 mit Xanthippe) und auch über die induktive *Subsumtion* (soeben Variante 1 mit den Hühnern) hinausgehen und einen völlig neuen Gedanken einführen – sagen wir angesichts unseres Gashahn-Mörders den Gedanken: 25

„Unter ‚Heimtücke' muss man in *diesem* **Heimtücke-Fall** irgendwie etwas Neues verstehen. Vielleicht etwas Subjektives? etwas ‚Tückisches'?"

Dass auch diese neuen Ideen *logisch erschlossen* werden, ist nun allerdings keineswegs die „herrschende Meinung" – weder in der Fachphilosophie noch in der Jurisprudenz oder in den anderen Wissenschaften. Selbst der Erfinder dieser These, der amerikanische Philosoph Charles Sanders Peirce (1839–1914), hat sie nicht wirklich klar ausgearbeitet. Immerhin stammt von ihm der Name für diese dritte Art der Logik: Abduktion.[40] 26

Wie solche abduktiven, kreativen Schlüsse funktionieren, wird uns noch genauer – und hoffentlich logisch nachvollziehbar – beschäftigen (§ 6 III). Es wird dies die erste große Neuigkeit der Neuen Juristischen Methodenlehre sein. (Eine weitere ist das Konzept einer juristischen Ästhetik.)

In unserem Heimtücke-Beispiel könnte die neue Idee „Wir könnten doch zusätzlich zum ‚Ausnutzen' auf etwas ‚Tückisches' abstellen" von dem logischen Gegensatz „subjektiv-objektiv" inspiriert gewesen sein. Diesen Gegensatz haben Juristinnen und Juristen, vor allem im Strafrecht, sozusagen im Blut („objektiver Tatbestand, subjektiver Tatbestand"). Oder sagt man heute: in ihrer DNA?

d) Um zusammenzufassen: „Die" Logik besteht aus deduktiver und nicht-deduktiver Logik, wobei die letztere zwei Varianten aufweist. Vor diesem Hintergrund kann man unsere Hauptthese etwas präzisieren: 27

Die Juristische Methode besteht aus **Logik, Logik** und **Logik.** Nämlich aus zwingenden Schlüssen (**Deduktionen**), vermutenden Schlüssen (**Induktionen**) und kreativen Schlüssen (**Abduktionen**).

Das unterscheidet sie übrigens *nicht* von der Methode aller anderen Wissenschaften (siehe unten § 6).

40 Zu Peirce' Theorie der Abduktion eingehend und weiterführend *Lege*, Pragmatismus (Fn. 39), S. 127–130, 438–442, 445–475.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wertungen befinden sich innerhalb der Logik (wenn wir es denn wollen)

28 Die **zweite** (Unter-) **These** lautet:

> Wertungen befinden sich nicht unvermittelt außerhalb der Logik. Sie befinden sich *immer schon mitten drin* – wenn wir es denn wollen. Und wir *sollten* dies wollen, jedenfalls als Juristen (und Juristinnen, versteht sich).

Zuzugeben ist allerdings: Wertungen sind **zunächst** einmal etwas Emotionales und daher Vor-bewusstes. Deshalb sind sie aber keineswegs ir-rational im Sinn von un-vernünftig. Unser erstes „Bauchgefühl“ angesichts eines neuen Falls kann wirklich richtig sein!

> Mein sehr geschätzter, leider früh verstorbener Kollege Wolfgang Joecks (1953–2016) sprach von einem „Störgefühl“, wenn die bisherige Dogmatik auf einen neuen Fall nicht recht zu passen schien.

29 *Ob* dieses Gefühl „am Ende“ wirklich richtig ist, ob ich zum Beispiel den Sachverhalt richtig erfasst habe oder ob meine Wertmaßstäbe wirklich stimmten – das ist **am Ende** eine Frage der Logik. Wir können nämlich unsere Wertungen mit Hilfe *anderer* Wertungen logisch begründen. Beispiel (näher dazu § 5 Rn. 2–5 und passim[41]):

> Alle Menschen haben eine Würde.
> Die extrakorporal befruchtete menschliche Eizelle ist bereits ein Mensch.
> Also hat die befruchtete menschliche Eizelle eine Würde.

Wir können dann über diese Prämissen weiter streiten, und wir werden irgendwann an einen Punkt kommen, an dem uns die Argumente ausgehen (es gibt aller Wahrscheinlichkeit nach keine „Letztbegründungen“[42], wir sind eben nicht der liebe Gott[43]). Aber das ändert nichts daran, dass wir auch Wertungen **logisch** begründen können, und zwar genau so weit, wie unser bestes Wissen um die Fakten und die Normen reicht.

30 Auch dies ist im Grunde nicht anders als in den Naturwissenschaften. Ich erinnere mich, dass die Biologen, mit denen ich in Dresden interdisziplinär zusammengearbeitet habe (ich habe es schon erwähnt, § 1 Rn. 8), oft gesagt haben: „Das ist noch nicht *verstanden*“ – gemeint: ein biologisches Phänomen, zum Beispiel in der Mikrobiologie. Manchmal *wissen* wir einfach zu wenig – in der Biologie nicht anders als im Recht.

---

41 Lateinisch *passim* bedeutet in etwa: durchgehend, immer wieder im ganzen Werk oder, wie hier, im ganzen Abschnitt.

42 Das ist in der Fachphilosophie freilich umstritten. Eine berühmte Metapher für die Unmöglichkeit von Letztbegründungen ist das von Hans Albert (1921–2023) formulierte *Münchhausen-Trilemma*. Jede Antwort auf die Frage „Warum?“ kann zu einem weiteren „Warum“ führen – Kinder spielen dieses Spiel sehr gern. Also gibt es nur drei Möglichkeiten zum Umgang mit dem „Warum“: einen – illusorischen – infiniten Regress (unendliches Weiterbegründen), einen Zirkelschluss (das Gesetz ist gerecht, weil Gott es so will; Gott will es so, weil das Gesetz gerecht ist); den Abbruch des Verfahrens (das ist nun mal so. Basta.) – Siehe *Hans Albert*, Traktat über kritische Vernunft (1968), 2. Aufl., Tübingen 1991, S. 13–15. – Italienisch „basta“ bedeutet: „Es ist genug“. – Ein Abbruch des Verfahrens ist gemäß Albert insbesondere der *Rekurs auf ein Dogma*, rechtlich gesprochen: auf einen autoritativen Text (zum Begriff § 14 II): So steht es halt im Gesetz.

43 So die Polemik von *Hans Peter Duerr*, Traumzeit. Über die Grenze zwischen Wildnis und Zivilisation (1978), Neuauflage 1985, S. 504 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Während dann aber die Naturwissenschaften in aller Ruhe weiterforschen dürfen, müssen Juristen irgendwo einen Schlussstrich ziehen und den Fall *hier und jetzt* entscheiden. Das kann emotional belastend sein, macht die Wertung aber nicht unlogisch.

Wie die Wertungen in die Logik „hineinkommen", besser: was damit gemeint ist, dass sie immer schon drin *sind*, wenn wir die Welt „wertend" (normativ) betrachten – dazu mehr in § 5 Rn. 31–39. 31

Stichwort schon hier: „Wertungen" sind die ersten Prädikate in „Werturteilen" (= normativen Aussagen), und diese sind ihrerseits eingebunden in Schlussfolgerungen.

3. Kreativität ist kein Aliud zur Logik

Die soeben vorgetragene zweite These überschneidet sich ein wenig mit der **dritten These**. Diese lautet: 32

Kreativität ist kein Aliud zur Logik, folglich auch kein Argument gegen die Reichweite der Logik. Dass es im Recht „schöpferische Elemente" gibt, heißt also nicht, dass sie außerhalb der Logik ihr Wesen treiben.

Anders gewendet: Dass wir im Denken manchmal kreativ sind, bedeutet nicht, dass dieses Denken unlogisch ist – im Sinn von: nicht der Logik unterworfen. Vielmehr gilt:

Auch neue Ideen werden logisch erschlossen (Genaueres: unten § 6 III).

Allerdings sind diese **neuen** Ideen dann extrem **fehlbar**. Das, was wir uns gedacht oder ausgedacht haben, kann „unlogisch" im Sinn der Alltagsprache sein, das heißt: falsch. Ob dem so ist, das ist eine Frage der *weiteren* logischen Überprüfung. Dies ändert aber nichts daran, dass auch schon der erste Schritt sich *innerhalb* der Logik abspielt.[44] 33

Auf den ersten Blick mag dies befremdlich erscheinen. Aber haben wir nicht alle schon die Erfahrung gemacht, dass sich ein neuer Gedanke geradezu „aufdrängt"? Wodurch eigentlich? Offenbar durch eine Logik, in der dieser Gedanke, bislang unentdeckt, schon steckt.

Manchmal sind wir eben, wie Karl-Otto Apel (1922–2017) in Anlehnung an Charles Sanders Peirce sagt, „in Gedanken"[45] – und es sind gar nicht so sehr die Gedanken „in uns". Anders gewendet: Wir sind vielleicht gar nicht so sehr die aktiv-kraftvollen „Denker", die ihre Logik wie ein Werkzeug „anwenden", sondern eher selbst ein Werkzeug[46] der Logik. 34

Oder noch mystischer: Die Logik denkt nicht von allein. Aber sie denkt *durch uns*. Wir denken dann zwar, dass *wir* es sind, die da denken, wir *erleben* es so.

---

44 Dies unterscheidet die NJML auch etwa von *Johann Braun*, Deduktion und Invention, Tübingen 2016, der – ganz im Sinn des Kritischen Rationalismus (Karl Raimund Popper) – den Mittelweg sucht zwischen „objektiver, formaler Deduktion" und „subjektive[r] ‚Dezision', ‚Wertung' oder ‚Abwägung'" (7 f.): zuerst kreative Hypothesenbildung („Invention"), sodann mehrstufige deduktive Überprüfung. – Klassiker auf Grundlage des Kritischen Rationalismus im Übrigen: *Zippelius* (Fn. 6).

45 Anmerkung Apels zu Peirce' „Some Consequences of Four Incapacities" (1868), in: CP 5.283 (Fn. 15), deutsch in: *Peirce*, Schriften, S. 60/84 Endnote 12.

46 Einen schönen parallelen Gedanken findet man beim heiligen Franz von Assisi: „Herr, mach mich zu einem *Werkzeug* deines Friedens".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aber in Wahrheit ist es die Logik, die in uns (und vielleicht sogar in der Welt[47]) wirkt. Die Logik braucht jemanden, der die Arbeit macht, aber in dem letztlich *sie* wirkt – wenn wir sie lassen[48] (zu den neuen Kognitionswissenschaften[49] mit ihrer Unterscheidung von einem System 1 und System 2 in unserem Denken siehe unten § 35).

Sagt man nicht oft: Das muss ich erstmal sacken lassen?

35 Wie diese Kreativität genau funktioniert, nämlich als ein Zusammenschluss mehrerer Schlüsse, werden wir in § 6 III genau analysieren. Bereits verraten haben wir (oben Rn. 26–27), wie die kreativen Schlüsse benannt werden sollen: Abduktionen.

Das englische Wort *abduction* bedeutet übrigens auch „Entführung“. Ob Peirce sich damit einen Jux machen wollte, wird wohl immer ein Rätsel bleiben.

4. Wir denken immer auch vom Ergebnis her

36 Wir haben eben davon gesprochen, dass sich eine *neue* Idee am Ende als „falsch“ herausstellen kann. Es kann sich aber auch eine ganz *alte* Idee in einem neuen Kontext als „falsch“ herausstellen – zum Beispiel aus der Sicht unserer BGH-Richter von vorhin die Idee, dass Heimtücke allein objektiv zu bestimmen ist (als Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit) und nicht auch subjektiv („feindliche Willensrichtung“).Wie kommt man aber dazu, eine Idee oder sagen wir hier: einen Begriff für „falsch“ zu halten?

Insofern lautet die **vierte These** zur Logik:

37 Wir denken immer auch vom Ergebnis her – und das ist gut so.

Natürlich habe ich bei dem Wowereit-Zitat („und das ist auch gut so“[50]) ein wenig gezögert. Denn es ist ganz klar, dass wir im Recht nicht *nur* vom Ergebnis her denken dürfen. Es liegt nicht deshalb, weil wir den A mit „lebenslang“ bestrafen wollen, ein Fall von „Heimtücke“, folglich von „Mord“ vor. Und auch nicht deshalb, weil wir ihn *nicht* mit „lebenslang“ bestrafen wollen, *kein* Fall von „Heimtücke“. Wohl aber kann man – nein, sagen wir es konkret: wohl aber *durften* sich die BGH-Richter damals mit Recht fragen, ob es *im Ergebnis* richtig ist, das heißt letztlich: ob es gerecht und billig ist („billig“ im Sinn von: dem Einzelfall angemessen[51]), den A „lebenslang“ ins Gefängnis zu stecken.

---

47 Fragen Sie sich doch einmal: Warum *folgt* die Natur logischen Gesetzen? Warum *folgen* die Planeten ihren mathematisch zu berechnenden Bahnen?

48 Der Ökonom Wolfgang Kerber, ein Franke und Freund, sagte zu mir, als ich an der Habilitationsschrift saß: „Ned immer mit dem Willen neipfuschen“. – Man kann auch sagen: wenn wir uns für die Logik *entscheiden* – was wir in der Wissenschaft aus ethischen Gründen tun sollten (§ 5 II Rn. 57–59).

49 Sie entfalten in gewisser Weise die *Psychologie* der Logik – wie die Menschen mit ihr umgehen. Wir hingegen kümmern uns hier um die Logik als *normative* Wissenschaft: nicht wie wir denken, sondern wie wir denken sollten (siehe auch unten § 5 II Rn. 52–53, 57–59).

50 Von Klaus Wowereit, damals Regierender Bürgermeister von Berlin, stammt der berühmte Spruch: „Ich bin schwul – und das ist auch gut so“. – Über die Auslegung des Wortes „auch“ gab es übrigens durchaus Streit. Nach Wowereits authentischer Interpretation war es nicht mehr als ein Füllwort und keine Stellungnahme zu anderen Formen der Sexualität (https://de.wikipedia.org/wiki/Klaus_Wowereit <15.06.2022>).

51 „Billigkeit“ hat also nichts mit „billig“ im Sinn von geringwertig zu tun, sondern mit der Formel „recht und billig“. Diese Billigkeit – griechisch *epieíkeia*, lateinisch *aequitas*, englisch *equity* – geht bis

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Damals hieß, siehe schon oben, „lebenslang" wirklich: das ganze Leben lang bis zum Tod.

Damit ist natürlich noch nicht gesagt, dass auch die Antwort schon feststeht. Sie hängt 38
vielmehr davon ab, ob wir das Ergebnis, das wir in diesem Moment für „besser" halten, **logisch** in einer Weise begründen können, die uns nicht die Schamesröte ins Gesicht treibt.[52] Ob dann diese *vertretbare Begründung* – vertretbar vor der Juristenzunft und vor uns selbst! – **am Ende** „besser klingt" als die Gegenposition, diese Frage ist, so unsere These, von der praktischen Konsequenz her identisch mit der Frage, ob die Entscheidung, die auf ihr beruht, *rechtlich richtig* ist.

Man kann es auch so formulieren: *Juristisch* richtig ist alles, was als Begründung noch vertretbar ist. *Rechtlich* richtig kann aber immer nur *eine* Lösung sein: A *muss* ins Gefängnis, oder er muss es nicht. B *hat* einen Anspruch, oder sie hat ihn nicht. Eine politische Partei *ist* verfassungswidrig, oder sie ist es nicht.

Zur Kategorie der Vertretbarkeit unten § 33 II.

Und der Witz des Rechts besteht darin, ein sozusagen *analoges* Spektrum der 39
Begründungen („besser – schlechter") in eine *digitale* Entscheidung umzuformen („richtig oder falsch", „rechtmäßig oder rechtswidrig").

Mit dem „besser klingen" klingt übrigens schon die zweite große Neuigkeit der NJML an: Das letzte Richtigkeitskriterium im Juristischen liefert nicht die Logik und auch nicht die Ethik, sondern die juristische Ästhetik (unten §§ 32–34).

Dass wir als Juristen „vom Ergebnis her denken", ist also erstens völlig normal – es 40
ist *immer* so, auch wenn wir darüber oft nicht weiter *nach*denken müssen (wer eine Fensterscheibe einwirft, begeht eine Sachbeschädigung im Sinn des § 303 StGB, macht sich also strafbar).[53] Und es ist zweitens legitim, weil das Recht im Ergebnis „mit Zwang verbunden ist"[54] und dieser Zwang hinreichend begründet werden muss.

Wichtig ist allerdings: Das „vom Ergebnis her denken" darf sich nicht nur auf das konkrete Ergebnis im Einzelfall beziehen. „Vom Ergebnis her" ist auch zu bedenken, welche Folgen die Entscheidung mit ihrer Begründung *im Recht* – also in künftigen Fällen – haben wird. Und dies ist natürlich wieder eine Frage der **Logik**.

Ein letztes Wort zur Schamesröte: Das Denken „vom Ergebnis her" findet jedenfalls dort seine Grenze, wo die Rechtsbeugung beginnt – sie steht gemäß § 339 StGB sogar unter Strafe. Umstritten ist allerdings, ob die Rechtsbeugung schon dort beginnt, wo die Entscheidung „nicht einmal mehr vertretbar" ist, oder erst dort, wo der Richter

---

auf Aristoteles zurück. Sie bezeichnet eine Korrektur des Gesetzes, wenn dieses im Einzelfall zu einer übermäßigen Härte führen würde. Zu Einzelheiten *Alexander Hollerbach*, Billigkeit, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i.Br. 1985–1993, Band 1 (1985), Sp. 898–903.

52 Die Grenze zur Schamesröte überschreitet zum Beispiel die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung" des BGH bei den Sitzblockaden – und dann natürlich auch die Bestätigung dieser Rechtsprechung durch die Erste Kammer des Ersten Senats des BVerfG (Fn. 23).

53 Deshalb müssen solche Punkte im juristischen Gutachten auch nicht ausführlich erörtert werden, vgl. das Anti-Beispiel bei *Fritjof Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl. Bielefeld 1997, S. 376.

54 *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1977, Rechtslehre § D: „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich „bewusst und schwerwiegend vom Recht entfernt“[55] (sozusagen in feindlicher Willensrichtung). Es findet sich also auch hier eine „objektive Theorie“ und eine „subjektive Theorie“.

5. Annex: Gibt es rechtliche und juristische Richtigkeit?

41 Wir haben soeben ganz naiv von „richtig“ und „falsch“ gesprochen. Darf man das im Recht oder in der Jurisprudenz eigentlich? Ist nicht jede Meinung darüber, was gerecht oder ungerecht ist, letztlich ganz subjektiv? Und sind nicht, wie eben schon erwähnt, in der Jurisprudenz meist mehrere Lösungen „vertretbar“ (übrigens eine Kategorie, die, obwohl unser täglich juristisch Brot, in den herrschenden juristischen Methodenlehren kaum thematisiert wird[56])?

Ich möchte fast wetten, dass auf die Frage, ob es juristische Richtigkeit gibt, die Mehrzahl der Juristinnen und Juristen mit einem Nein antworten wird. Diejenigen unter ihnen, denen ich einen guten Willen unterstelle, werden dies wie folgt meinen: Es gibt keine „absolute“ oder „objektive“ Richtigkeit, die man so beweisen könnte wie in den Naturwissenschaften oder in der Medizin (Patient tot, Therapie falsch).

Es gibt aber auch Juristinnen und Juristen, die bestreiten würden, dass es *überhaupt* rechtlich richtige Entscheidungen gibt. Die würde ich allerdings fragen, worüber wir dann *als Juristen* überhaupt streiten können? Sind das Recht und die Juristen dann nicht bloße Werkzeuge – Werkzeuge der Politik oder der Wirtschaft, jedenfalls: der Machthaber?

Das ist letztlich ja die These von Marx: Recht (und die sonstige Kultur) als bloßer Überbau der Ökonomie.[57]

42 Können also rechtliche Entscheidungen letztlich nur – nur! – in einem politischen oder ökonomischen oder moralischen Sinn „richtig oder falsch“ sein? Sind Juristinnen und Juristen folglich nicht mehr als „Willensveredler“ (eine Formulierung meines Freundes Christof Gramm)? Oder gibt es doch juristische Richtigkeit? Vorsichtiger formuliert: Müssen wir nicht in gewisser Weise daran *glauben*, dass es eine *rechtliche* Richtigkeit gibt, sozusagen als das leitende Ideal[58] aller rechtlichen und juristischen Praxis? Die NJML geht von diesem letzteren aus und hält dies auch für die einzig legitime Ethik, meinetwegen auch „Metaphysik“[59], des Rechts.

Soziologisch lassen sich die beiden Positionen vielleicht so beschreiben: Man kann dem Recht mit Ironie oder mit Pathos begegnen (§ 30 II). Als Ironiker sagt man: Es

55 *Günter Heine/Bernd Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar), 30. Aufl., München 2019, § 339 Rn. 9–11; eingehend pro objektive Theorie *Stefan Sinner*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 339 Rn. 16–24.

56 Ausnahme: *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 6), § 16 III.

57 Klassische erste Andeutung: *Karl Marx*, Zur Kritik der politischen Ökonomie (1859), Vorwort, Marx-Engels-Werke (MEW), Band 13, Berlin (DDR) 1961, S. 8 f.; dort auch die berühmte Stelle: „Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt das gesellschaftliche Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt.“

58 Oder in Kantischer Terminologie: eine „regulative Idee“ (dazu unten § 5 II Rn. 73 f. und § 30 III).

59 Siehe die Provokation von *Josef Franz Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft, Tübingen 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gibt keine rechtliche Richtigkeit, aber ich tu so, *als ob* es darum ginge. Als Pathetiker sagt man: Ich tu so, *als ob* es Richtigkeit gibt, auch wenn ich daran nur glaube.[60] Denn nur durch diesen Glauben wird das Recht *als Recht* wirklich.

Dass diese Richtigkeit ganz wesentlich eine Frage der Logik ist, haben wir schon gesagt. Der Rest ist dann Ästhetik, dazu unten §§ 31–34.

III. Zum folgenden Gedankengang

Die folgenden beiden Kapitel sollen die These, dass die juristische Methode durch und durch logisch ist („Logik, Logik, Logik"), näher begründen. 43

Zu diesem Zweck soll das Erste Kapitel die Grundzüge einer allgemeinen – also nicht nur, *aber auch juristischen* – „working logic" entwerfen.

Im Einzelnen wird es in § 4 darum gehen, was Logik überhaupt ist, nämlich die Lehre der Folgerichtigkeit – es fragt sich freilich: wovon? In § 5 werden dann die Einzelheiten, aber auch das Zusammenspiel von „Begriff, Urteil und Schluss" analysiert (siehe schon oben § 1 Rn. 12 zur „Logik von Port Royal"), übrigens auch mit Blick auf „Wahrheit" und „Richtigkeit". Am innovativsten ist schließlich § 6: Er entfaltet die Syllogistik der „working logic", also das Zusammenspiel der deduktiven, induktiven und abduktiven Schlussfolgerungen (Syllogismen), das dafür sorgt, dass die juristische und letztlich jede wissenschaftliche Methode durch und durch logisch ist („Logik, Logik, Logik").

Das zweite Kapitel wird sich dann dem spezifisch Juristischen zuwenden, also dem Handwerkszeug oder Werkzeugkasten, mit dem wir als Juristinnen und Juristen zu arbeiten gewohnt sind. 44

In § 8 werde ich eine Art juristische Entdeckung vorstellen – oder vielleicht besser: ein **neues Design**: den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS). Dass er so völlig neu auch wieder nicht ist, sondern an das Epicheirem der Antiken Gerichtsrhetorik anknüpft (§ 2 Rn. 21–22), sei nicht verschwiegen. Das juristische Kernthema „Subsumtion" – manche bezeichnen es geradezu als Ideologie – wird dann in § 9 behandelt, in § 10 das Thema „Interpretation" – beides gehört freilich eng zusammen. In § 11 geht es schließlich um die sozusagen höheren Sphären der juristischen Logik: Systembildung. § 12 enthält eine Übersicht und zusammenfassende Thesen.

60 Klassisch in der Nachfolge Kants: *Hans Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus, Berlin 1911.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 1: Grundzüge einer allgemeinen „working logic“

Das folgende Erste Kapitel ist, und darin liegt ein gewisses Problem, in einem gesteigerten Sinn interdisziplinär angelegt. Es ist also nicht etwa nur „Anwendung“ von Ergebnissen der einen Disziplin – sagen wir: der Logik als Spezialdisziplin der Fachphilosophie – auf eine andere Disziplin, sagen wir: auf die Jurisprudenz. Oder umgekehrt die Anwendung fester Ergebnisse der Jurisprudenz auf die belehrungsbedürftige Fachphilosophie. 1

Vielmehr will dieses Kapitel *beide* Disziplinen ein Stück voranbringen: erstens die Philosophie der Logik (und damit die Philosophie aller Wissenschaften) mit Hilfe einer rechtlich inspirierten pragmatistischen Erdung; zweitens die Jurisprudenz durch eine Befreiung von durchaus beliebten Nebelkerzen in ihrem Selbstbild (z.B. von der Vorstellung einer „Kluft“ zwischen Recht und Wirklichkeit). Kurz: Es sollen *beide* Disziplinen ein wenig umlernen – und das wird ihnen vielleicht, wegen Voreingenommenheit gegen die jeweils andere, nicht sofort gefallen.

Zur Terminologie: Es heißt „pragmatistisch“, nicht „pragmatisch“, denn der Ansatz der NJML ist, wie man unschwer erkennen kann, von der philosophischen Lehre des Amerikanischen Pragmatismus geprägt, genauer: von den Lehren ihres Begründers Charles Sanders Peirce (1839–1914).[1] 2

Rein darstellerisch kämpft jede Interdisziplinarität damit, dass sie in den beteiligten Disziplinen, wenn diese sich denn wirklich *verstehen* sollen, nicht *ohne weiteres* an den Wissensstand derer anknüpfen kann, die das Ganze schon viele Jahre betreiben. Dies gilt nicht nur für den neuesten Stand des jeweiligen Spezialwissens, sondern auch und vielleicht noch mehr für das sogenannte implizite oder habituelle Wissen, für den „Stallgeruch“, den man als Jurist oder Fachphilosoph mit der Zeit bekommen hat. Kurz: Man muss, als Interdisziplinarist, immer wieder auch *basics* erklären – aber man darf dabei nicht langweilen, und es bleibt „Stückwerk“[2]. 3

* * *

Aber kommen wir nun zur Begründung der These, dass die juristische Methode durch und durch logisch ist („Logik, Logik, Logik“)! Um sie zu begründen, entwirft dieses Erste Kapitel die Grundzüge einer allgemeinen – also nicht nur, *aber auch juristischen* – „working logic“.

1 *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, Tübingen 1999.

2 1. Korinther 13, 9 (Brief des Paulus an die Korinther, ein Teil der Bibel, in der Luther-Übersetzung).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 4 Logik als Lehre von der Folgerichtigkeit

1 Was ist Logik? Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit – aber der Folgerichtigkeit *wovon*? Insofern unterscheidet man in der Fachphilosophie drei Epochen.[1] Eine vierte Konzeption der Logik hat sich noch nicht durchgesetzt, obwohl sie aus juristischer Sicht am meisten einleuchtet.

I. Realistische („ontologische") Logik

2 In der ersten Epoche – dies sind die Antike und das Mittelalter mit insbesondere Aristoteles und den Philosophen der Scholastik – ist man der Auffassung, es gehe um eine Art Nachzeichnen dessen, was in der Welt doch so schön und folgerichtig eingerichtet ist. Kurz: es geht um die Folgerichtigkeit des *Seins* – oder besser: um eine gewisse Folgerichtigkeit in der *Wirklichkeit* oder *Realität*. Weil zum Beispiel die reale Klasse der „Säugetiere" der realen Gattung „Mensch" übergeordnet ist, können wir schlussfolgern: „Alle Säugetiere sind sterblich, der Mensch ist ein Säugetier, also ist auch der Mensch sterblich."

Diese *ontologische* Auffassung von Logik (Ontologie = Lehre vom Sein) kann zu höchst diffizilen philosophischen Problemen führen, insbesondere zum sogenannten Universalienstreit[2]: Sind die Allgemeinbegriffe („Universalien") – zum Beispiel die Begriffe „Mann" oder „Frau" – real? Haben sie ein „Sein", besser: eine „Wirklichkeit"? Das ist die Auffassung des (Universalien-) *Realismus*. Oder sind sie bloße Namen, die man den „realen" Dingen – sagen wir: einer Transgenderperson – rein zufällig gibt? Das wäre die Meinung des *Nominalismus*. Wäre es daher letztlich auch willkürlich, was man gut oder böse, Recht oder Unrecht nennt? Man denke an den *labeling approach* in der Kriminologie: Ihm gemäß wird eine Tat zum Verbrechen erst dadurch, dass sie so etikettiert wird.[3] Oder in der Theologie: „Ist" eine Handlung gut, weil Gott es *will*? Oder will Gott es, weil es gut *ist*?

3 In gewisser Weise kann man dieses „Ebenenproblem" auch im Rechtlichen finden: Wenn die Verfassung höherrangig ist als das einfache Recht[4] – darf dann das einfache Recht, also § 1353 Abs. 1 BGB, den Begriff „Ehe", so wie er in Art. 6 Abs. 1

1 *Erich Tugendhat/Ursula Wolf*, Logisch-semantische Propädeutik, Stuttgart 1983, S. 7–16.

2 Standardwerke: *Alain de Libera*, Der Universalienstreit – von Platon bis zum Ende des Mittelalters, München 2005 (orig. La querelle des universeaux: de Platon à la fin du Moyen, 1996), übrigens einschließlich der arabischen Scholastik; *Hans-Ulrich Wöhler*, Texte zum Universalienstreit, Band 1 und 2, Berlin 1992 und 1994 (leider nicht zweisprachig); zur aktuellen Lage: *Wolfgang Stegmüller* (Hrsg.), Das Universalienproblem, Darmstadt 1978 (Beiträge u.a. von Carnap, Goodman, Quine); *Wolfgang Künne*, Der Universalienstreit in der neueren analytischen Philosophie, in: Information Philosophie 2006, Heft 2, S. 22–33.

3 Klassiker zum labeling approach: *Howard S. Becker*, Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance, New York 1963; radikal *Fritz Sack*: Definition von Kriminalität als politisches Handeln: Der labeling approach, in: Kriminologisches Journal 4 (1972), S. 3–31; umfassend *Siegfried Lamnek*, Theorien abweichenden Verhaltens I – „Klassische Ansätze", 11. Aufl., Paderborn 2021, S. 223–224. – Herzlichen Dank an den Kollegen Stefan Harrendorf!

4 Für Nicht-Juristen: Das sind Fachausdrücke. Verfassungsrecht, in Deutschland also das Grundgesetz, geht allem anderen, eben „einfachem" Recht vor. Es kann nur unter erschwerten Bedingungen

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

GG vorgegeben ist, „willkürlich“ umdefinieren? Dies ist bei Einführung der sogenannten „Ehe für alle“ im Jahr 2017 sehr umstritten gewesen.[5] Eleganteste Lösung: *Einfach*rechtlich können auch gleichgeschlechtliche Paare eine „Ehe“ schließen – aber *diese* Ehe genießt keinen *verfassungs*rechtlichen Schutz.[6]

Weiteres Beispiel: Der Begriff „Krieg“. Kann man oder besser: darf man ihn willkürlich verwenden? Und zum Beispiel etwas „Krieg“ nennen, das in Wahrheit/in Wirklichkeit *kein* Krieg ist (so der „Krieg gegen den Terror“ der Amerikaner[7])? Oder etwas, das durchaus ein Krieg ist, gerade *nicht* als einen solchen bezeichnen (so die „militärische Spezialoperation“ Russlands in der Ukraine[8])? Antwort: Natürlich, man *kann*. Ob man es auch dürfen sollte, hängt von den praktischen Konsequenzen ab. Wenn man damit „Kriegsgefangene“[9] machen will, die keine sind (Guantánamo), spricht einiges dagegen. Ebenso, wenn man sich damit dem Vorwurf eines Angriffskriegs entziehen will. 4

II. Psychologische Logik („Kunst des Denkens“)

Die zweite Epoche der Logik beginnt mit Descartes. Sie versteht Logik als die Lehre von der Folgerichtigkeit des *Denkens* – schon im Titel der sogenannten „Logik von Port-Royal“ kommt dieses Verständnis deutlich zum Ausdruck: *La Logique ou l'art de penser* (s.o. § 1 Rn. 12–13). Diese *psychologische* Vorstellung von Logik dürfte bis heute 5

geändert werden (Art. 79 GG), insbesondere bedarf es einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat, und es muss der Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich geändert oder ergänzt werden.

5 Im Ergebnis bejahend z.B. *Gerhard Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2018, Rn. 47a; *Bettina Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2021, Rn. 58–62. – Verneinend z.B. *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., München 2020, Art. 6 Rn. 4; *Arnd Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (BeckOK – Beck Online-Kommentar), Art. 6 Rn. 4 (4.1 – 4.5) (Stand: 15.08.2023).

6 *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 14 Rn. 7 f. Praktische Konsequenz: Der Gesetzgeber könnte die gleichgeschlechtliche Ehe auch wieder – mit einfacher Mehrheit, also ohne Verfassungsänderung – abschaffen. Im Übrigen dürfte er aber wegen der Gleichheitssätze des Art. 3 GG kaum befugt sein, hetero- und homosexuelle „Ehen“ ungleich zu behandeln (Rn. 8 f.).

7 Einen „Krieg gegen den Terror“ hatte der damalige amerikanische Präsident George W. Bush nach den Anschlägen auf das New Yorker World Trade Center am 11. September 2001 („Nine-Eleven“) ausgerufen.

8 Am 24. Februar 2022 marschierten russische Truppen in die Ukraine ein, angeblich, um dort die Bevölkerung, vor allem in den abtrünnigen Gebieten Donezk und Lugansk, zu schützen.

9 Bei den „Kriegsgefangenen“ im eigentlichen Sinn unterscheidet man im Kriegsvölkerrecht (Genfer Konvention von 1949) die „Kombattanten“, das sind die regulär kämpfenden Streitkräfte eines anderen Staates, von den „Nicht-Kombattanten“, das sind z.B. die Sanitäter und Feldgeistlichen. Hinzu kommen – und so wurden die Guantánamo-Häftlinge qualifiziert – die sogenannten „ungesetzlichen Kombattanten“. Dies sind Kämpfer, die sich, ohne zu den Streitkräften zu gehören (und meist auch, ohne offen Waffen zu tragen), an Feindseligkeiten beteiligen – aber eben unter der Voraussetzung, dass *wirklich* „Krieg“ ist. Und das war bei den Anschlägen vom 11. September nicht der Fall: Krieg ist, völkerrechtlich betrachtet, eine Auseinandersetzung zwischen Staaten und nicht die innerstaatliche Terrorbekämpfung. (Falls diese dazugehört, leben wir seit dem 9/11 auf der ganzen Welt im Krieg; und George W. Bushs Begriff von „Krieg“ wäre tatsächlich *wirklich* geworden.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die am meisten verbreitete sein. Zum Beispiel nimmt die Rechtsprechung an, dass ein Verstoß gegen „Denkgesetze" einen Revisionsgrund darstellt.[10]

6 Nach inzwischen wohl überholter Auffassung sollte dies nur gelten, wenn der Denkfehler die Tatfrage betrifft (s.o. § 2 Rn. 8–9), also die Frage: was ist tatsächlich geschehen? Bei der rechtlichen Würdigung (s.o. § 2 Rn. 10–17) hielt man Denkfehler also nicht ohne weiteres für revisibel. Jedoch kann die Abgrenzung von Tatfrage und Rechtsfrage schwierig sein, etwa bei der Auslegung von Willenserklärungen (vgl. § 14 Rn. 82) oder – methodologisch besonders interessant – bei der Subsumtion (s.u. § 9 II). Nach richtiger Auffassung können daher Verstöße gegen die Denkgesetze „bzw." die Regeln der Logik sowohl bei der Tatfrage als auch bei der Rechtsfrage im Wege der Revision gerügt werden.[11]

III. Mathematische Logik (Logik als „Sprache", als Zeichensystem)

7 Die dritte Epoche versteht Logik als die Lehre von der Folgerichtigkeit einer (formalen) *Sprache* – besser sollte man wohl sagen: eines *Zeichensystems*, denn diese dritte, „moderne" Logik arbeitet mit mathematischen Symbolen und hat sich zu einer eigenen Spezialdisziplin ausdifferenziert. Als ihr Begründer gilt der Wismarer Mathematiker Gottlob Frege (1848–1925) mit seiner „Begriffsschrift" von 1879.[12] Ein weiterer Vertreter ist Rudolf Carnap (1891–1970), die berühmtesten Namen sind sodann Bertrand Russell (1872–1970) und Ludwig Wittgenstein (1889–1951), bei dem es allerdings schon wieder ins Ontologische abdriftet („Die Logik erfüllt die Welt; die Grenzen der Welt sind auch ihre Grenzen"[13]).

In der Juristischen Methodenlehre haben vor allem *Koch/Rüßmann* und *Herberger/Simon* diese Art der Logik fruchtbar zu machen versucht (s.o. § 1 Rn. 27). Wohl als erster hat *Ulrich Klug* (1903–1993) sie rezipiert: „Juristische Logik" (Berlin etc. 1951, 4. Aufl. 1982). Bedeutende Fortführung: *Jürgen Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz (Berlin etc. 1969).

Bereits erwähnt wurden (in § 3 Rn. 3) das aktuelle Standardwerk von *Jan C. Joerden* (2. Aufl. 2010) und die knappe Einführung von *Aichele/Meier/Renzikowski/Simmert* (2015).

10 Siehe etwa *Wolfgang Krüger*, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Zivilprozessordnung), 6. Aufl., München 2020, § 546 Rn. 5; *Peter Rackow*, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 337 StPO (Strafprozessordnung) Rn. 9–12.

11 Besonders klar *Michael Eichberger/Joachim Buchheister*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung), München, Stand März 2023, § 137 VwGO Rn. 91 f.

12 Über ihn *Willard Van Orman Quine*, Grundzüge der Logik (orig. Methods [!] of Logic, 1964), 8. Aufl., Frankfurt a.M. 1993, S. 9 (erster Satz): „Logik ist ein altes Gebiet, und seit 1879 ist es zu einem großen geworden."

13 *Ludwig Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung (1921/22), Frankfurt a.M. 1963, Satz 5.61; zuvor der berühmte Satz 5.6: „*Die Grenzen meiner Sprache* bedeuten die Grenzen meiner Welt" (Hervorhebung im Original).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Pragmatistische Logik (Folgerichtigkeit des Handelns)

Für Juristen liegt im Grunde eine vierte Variante der Folgerichtigkeit auf der Hand: die Folgerichtigkeit des *Handelns* (man kann dies ein *pragmatistisches* Logikverständnis nennen); Wenn ich den Fall X nach dieser Regel entscheide, darf ich den Fall Y, der genauso liegt, nicht anders entscheiden. 8

In der Fachphilosophie kommt diesem Logikverständnis am nächsten wohl die sogenannte „Erlanger Schule" von *Paul Lorenzen* (1915–1994) und *Wilhelm Kamlah* (1905–1976), am allernächsten die „Logisch-pragmatische Propädeutik" (2001) ihres Schülers *Peter Janich* (1942–2016).[14]

Johann Braun (geb. 1946) zitiert in seiner Einführung in die Rechtswissenschaft ein Gedicht eines gewissen Michael Richey (1678–1761).[15] Die Handlung spielt im 18. Jahrhundert, und der Dichter kritisiert die damaligen Patrimonialgerichte, in denen die Gutsherren („Junker") über ihre Untergebenen zu Gericht saßen. Es erscheint nun ein Bauer vor seinem Junker und trägt vor, sein Hund habe dessen Kuh gebissen. Der Junker verurteilt ihn „von Rechtens wegen" zu einem saftigen Schadensersatz – aber dann korrigiert sich der Bauer: 9

„Ach nein, gestrenger Herr, ach höret!",
Rief ihm der Bauer wieder zu,
„Ich bracht es nur aus Angst verkehret,
Denn *euer* Hund biss *meine* Kuh."
Da hieß der Spruch Herrn Alexanders:
„Ja, Bauer, das ist ganz was anders!"

Dass dies logisch-pragmatistisch falsch ist, liegt auf der Hand: Der Gutsherr verwendet den Begriff „Schadensersatzpflicht wegen Delikts" willkürlich mal so, mal so.

14 *Peter Janich*, Logisch-pragmatische Propädeutik, Weilerswist 2000. Janich hätte das Werk am liebsten sogar „Pragmatisch-logische Propädeutik" genannt (S. 23, 215). Erstaunlich, dass Janich den amerikanischen Pragmatismus nicht erwähnt.

15 *Johann Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Tübingen 2011, S. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 5 Begriff – Aussage („Urteil") – Schlussfolgerung („Schluss")

1 Wir haben schon gesehen, dass man die Logik seit der Logik von Port-Royal in die Lehren vom Begriff, vom Urteil und vom Schluss untergliedert (§ 1 Rn. 12). Genauer, weil weniger psychologisch besetzt, sollte man statt von „Urteil" von „**Aussage**" sprechen. Und statt des Wortes „Schluss" sollte man, um den dynamischen Charakter der Logik zu unterstreichen (*working logic*), die Bezeichnung „**Schlussfolgerung**" verwenden. Sie ist je nach Kontext mehr oder weniger gleichbedeutend mit dem logischen Fachausdruck Syllogismus, dem wir in der Rhetorik schon begegnet sind (s.o. § 2 Rn. 20–27 und unten Rn. 91–95).

Bereits hier zeigt sich, dass man offenbar unterscheiden muss – und kann! – zwischen der „Sache selbst" und der Formulierung (dazu sogleich mehr unter I). Es ist zum Beispiel dasselbe, wenn man sagt „it *is* cold" oder „il *fait* frois".[1]

Und bereits hier eine Assoziation: Deshalb gibt es im Juristischen für Rechtsbegriffe oftmals keine genauen Definitionen, sondern eine Reihe[2] von Umschreibungen.[3]

2 Wir müssen im Folgenden die Lehren vom „Begriff", vom „Urteil" und vom „Schluss" nicht in allen Einzelheiten betrachten, auf Einiges werden wir an passenderer Stelle zurückkommen. Hier kommt es zunächst nur darauf an zu skizzieren: Die Logik ist ein dynamisches System, das letztlich die Folgerichtigkeit des Handelns zum Thema hat und in das auch Wertungen „immer schon" eingebunden sind (sie liegen der Logik also nicht etwa unkritisierbar voraus). Methodologisch führt dies zu drei Grundannahmen, vielleicht sind es sogar Postulate (Forderungen):

- Begriffe sollten *klar* sein.
- Deskriptive Aussagen können „*wahr* oder unwahr" sein, normative Aussagen („Werturteile") können „*richtig* oder falsch" sein.
- Schlussfolgerungen ermöglichen es, eine *Begründung* zu liefern – um mit ihr die Wahrheit von Aussagen bzw. Richtigkeit von Werturteilen zu überprüfen, d.h. zu untermauern oder zu widerlegen.

---

1 Siehe *Charles Sanders Peirce*, How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.404 (Collected Papers, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 404]; deutsch in: *Charles S. Peirce*, Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1976, Neudruck 1991, S. 200.

2 Ein schönes Bild von *Jan Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 9–11 und durchgehend, beschreibt das Gesetz als Regelung einer „Fallreihe": Wir müssen uns in jedem zu entscheidenden Fall in die Tradition des Gesetzes einordnen und sie zugleich fortschreiben. Dies ähnelt durchaus der Metapher von der *chain novel*, mit der *Ronald Dworkin*, Law's Empire, London 1986, S. 228–238, das Problem der Bindung an das Recht vielleicht nicht löst, aber schön illustriert.

3 Siehe etwa die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zu den Begriffen „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums" (Art. 14 Abs. 3 und Abs. 1 Satz 2 GG), dazu unten § 15a Rn. 31–40; und schon *Joachim Lege*, Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums", Berlin 1993, S. 36–60.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beginnen wir gleich mit einem rechtlichen Beispiel: 3

Wie ist, rechtlich betrachtet, der *Begriff* „Mensch" zu bestimmen? Und ist dann die rechtliche *Aussage*

> „Bereits die extrakorporal (außerhalb des Körpers) befruchtete menschliche Eizelle ist ein ‚Mensch' im Sinn des Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde)"[4]

– ist diese *Aussage* richtig oder falsch? Sie ist richtig, wenn man den Begriff „Mensch" in diesem Kontext wie folgt definiert: „alle Organismen, die ein komplettes Genom der Spezies *homo sapiens* enthalten".[5] Dann ergibt sich die gültige *Schlussfolgerung*: „Schon die befruchtete menschliche Eizelle enthält ein komplettes Genom der Spezies *homo sapiens*, also ist sie ein Mensch" (zur Analyse dieser Schlussfolgerung siehe unten Rn. 93).

Aber *sollte* man auch in dieser Weise definieren? Das hängt davon ab, was sich aus diesem Begriff von „Mensch" an *weiteren* Aussagen *schlussfolgern* lässt. Denkbar ist etwa,[6] mit Bezug auf die Würde des Menschen: 4

> Ein heterosexuelles Paar, das zu 70 Prozent befürchten muss, ein erbkrankes Kind zu bekommen, muss entweder dieses Risiko eingehen oder auf Kinder verzichten. Zwar gäbe es die Möglichkeit,
>
> – außerhalb des Körpers der Frau *in vitro* (= im [Reagenz-]Glas[7]) eine Eizelle künstlich zu befruchten (In-Vitro-Fertilisation),
> – sodann diese extrakorporal befruchtete Eizelle daraufhin zu untersuchen, ob eine „schwerwiegende Erbkrankheit"[8] vorliegt (sogenannte Präimplantationsdiagnostik – PID),
> – und dann diese befruchtete Eizelle eben nicht in den Uterus der Mutter einzupflanzen.
>
> Aber dann müsste dieser „Embryo" (wie das Gesetz ihn nennt[9]) letztlich vernichtet werden. Wollen wir das? Oder sind wir der Meinung, dies verstoße gegen die Menschenwürde (bei entsprechender Definition, die man wiederum begründen muss).

Wie auch immer, es zeigt sich erneut (s.o. § 3 Rn. 36–40): „Juristisches Denken", vom *Begriff* über die *Aussage* bis hin zur *Schlussfolgerung*, geschieht immer auch vom Ergebnis her. 5

Immer.

---

4 Art. 1 Absatz 1 des Grundgesetzes lautet bekanntlich: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt."

5 Ähnlich *Christian Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) zum Grundgesetz, Stand 15.08.2023, Art. 1 Rn. 3 f., der „jedem Wesen der Gattung ‚Mensch'" ab dem „Zeitpunkt der Befruchtung, d.h. der Verschmelzung der Vorkerne" die Würde zuspricht.

6 Zu dieser Problematik schon *Joachim Lege*, Das Recht der Bio- und Gentechnik, in: Martin Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, Berlin etc. 2003, S. 669–805 (748–755).

7 Es ist natürlich kein *Reagenzglas*, sondern eine (in der Regel gläserne) Petrischale.

8 So die Formulierung im sog. Embryonenschutzgesetz, siehe § 3a Abs. 2 ESchG.

9 Biologisch richtig wäre der Begriff „Zygote".

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Das Potential von (Rechts-) Begriffen: Klarheit

1. Begriff und Terminus

6 Was ein Begriff ist, ist eine schwierige Frage. Klar ist, dass man ihn nicht mit seiner Bezeichnung (dem Terminus, dem Wort, dem Fachausdruck) verwechseln darf.

Das Wort „Enteignung" zum Beispiel bezeichnete in der deutschen Jurisprudenz bis zur Nassauskiesungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts[10] zwei völlig verschiedene Eingriffe in das Eigentum: erstens die, wie es in der Schweiz[11] heißt, „formelle" Enteignung (z.B. Übertragung des Eigentums an einem Grundstücks auf den Staat, damit dieser dort eine Autobahn bauen kann); zweitens die in Schweizer Diktion „materielle" Enteignung (z.B. wird dem Eigentümer eines Seegrundstücks der Bau eines Bootsstegs untersagt, weil der Schilfgürtel unter Naturschutz gestellt wurde[12]).

7 Dass es *wirklich* zwei verschiedene Begriffe sind, zeigt sich spätestens dann, wenn sich an sie – im deutschen Recht – unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen: Bei der „echten", also formellen Enteignung *muss stets* entschädigt werden (Art. 14 Abs. 3 GG). Bei der „materiellen" Enteignung, die in Wahrheit eben keine Enteignung ist, sondern eine den Eigentümer belastende Bestimmung von Inhalts- und Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) – bei dieser belastenden Inhalts- und Schrankenbestimmung *kann* – unter Umständen, d.h. je nach Lage des Falls – eine Entschädigungspflicht bestehen.[13] Insoweit kommt es darauf an, wie intensiv die Beeinträchtigung den Eigentümer trifft.[14] Es kann durchaus geschehen, dass er leer ausgeht.

Aber ich greife schon vor.

2. Definitionen des Begriffs „Begriff" (und das semiotische Dreieck)

8 Wenn man vom Verständnis von Logik als Sprache ausgeht (§ 4 Rn. 7), kann man den Begriff „Begriff" definieren als die kleinste bedeutungstragende logische Einheit[15] – damit ist noch nicht viel gewonnen. Immanuel Kant versteht unter „Begriff" die

10 BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 58, S. 300). Dazu *Joachim Lege*, 30 Jahre Nassauskiesung. Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, in: Juristenzeitung (JZ) 2011, S. 1084–1091.

11 *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rn. 2069–2156a, 2157–2214 (2176–2202).

12 BVerwGE 94, 1 – Herrschinger Moos (1993) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band 94, S. 1).

13 Klassischer Fall: BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981) – sogenannte ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung.

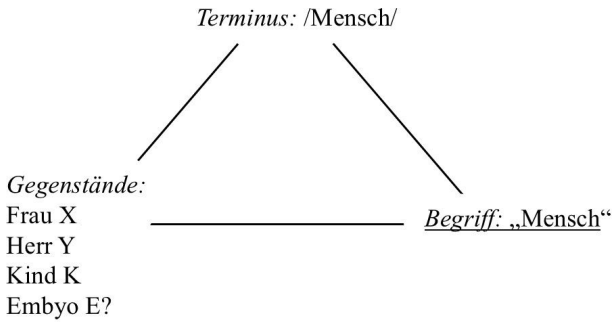
14 Dies ist offenbar auch *gemeint*, wenn es in Art. 26 Abs. 2 der Schweizer Bundesverfassung heißt: „Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die *einer Enteignung gleichkommen*, werden voll entschädigt" (Hervorhebung J.L.).

15 In Anlehnung an *Erich Tugendhat/Ursula Wolf*, Logisch-semantische Propädeutik, Stuttgart 1983, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorstellung dessen, was mehreren Objekten gemeinsam ist[16] – das steht, wie man sieht, ganz in der psychologischen Tradition (§ 4 Rn. 5) der cartesischen Logik („cartesisch" ist das Adjektiv zu Descartes). Als heute wohl herrschende Meinung[17] in der Fachphilosophie kann man anführen:

Ein **Begriff** ist die *Bedeutung* eines Terminus[18] (z.B. eines Wortes) im Hinblick auf einen Gegenstand. Veranschaulicht im sogenannten semiotischen Dreieck[19] (Semiotik ist die Lehre von den Zeichen[20]): 9



Man sieht sofort: Zwischen dem Zeichen /Mensch/ und dem Bezeichneten besteht zunächst einmal gar keine Verbindung. Man könnte alle Menschen auch „Jodok" nennen (Nominalismus!).[21] Die *Verbindung* zwischen dem Sprachzeichen „Mensch" und den

16 *Immanuel Kant*, Logik (1804), § 1, in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. VI, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1982, S. 521.

17 In der Rechtswissenschaft ist die „herrschende Meinung" ein wichtiges Argument – sie entspricht dem *impact factor* (wie oft wird ein Autor oder eine Zeitschrift zitiert?) im heutigen Wissenschaftsbetrieb. Und natürlich wird auch die „h.M." gelegentlich manipuliert. Klassisch *Uwe Wesel*, hM, in: Kursbuch 56 (1979) – Unser Rechtsstaat, S. 88–109; aus neuerer Zeit *Martin Rath*, Schluss der Debatte mit zwei Buchstaben, in: Legal Tribune Online [lto], 23.10.2011 (lto.de <1.11.2022>).

18 Ursprünglich hatte ich geschrieben: „eines Zeichens". Zeichen sind aber nicht nur Einzelzeichen wie Wörter, sondern auch zusammengesetzte Zeichen wie Sätze oder Syllogismen – Peirce nennt diese drei Arten *Rhema* (oder auch *Term*), Dicizeichen (oder auch *Proposition*), *Argument* (mit den Unterfällen Deduktion, Induktion und Abduktion); Einzelheiten mit Nachweisen bei *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 234.

19 In der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie wie auch in den Sprachwissenschaften ist das semiotische Dreieck – allerdings in verschiedenen Versionen – ein ziemlich alter Hut, z.B. *Karlfried Knapp et al.* (Hrsg.), Angewandte Linguistik, 2. Aufl. Tübingen etc. 2007, S. 461, übrigens mit Verweis auf die DIN 2342! Skeptisch aber *Umberto Eco*, Einführung in die Semiotik (1972), 5. Aufl. München 1985, S. 89: „äußerst schädliches Schema". – In den gängigen juristischen Methodenlehren wird das semiotische Dreieck meist nicht einmal erwähnt. Der Klassiker *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 4 I, spricht immerhin von „Wörter[n] als Zeichen für Vorstellungen" – was freilich „die Welt da draußen", auf die die Zeichen verweisen, „außen vor" lässt. Mitgeteilt wird das semiotische Dreieck von *Olaf Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., München 2020, § 5 Rn. 13, allerdings spricht auch er von „Vorstellung" statt von „Begriff".

20 Ausführlicher dazu *Lege*, Pragmatismus (Fn. 18), S. 213–242; zur Peirce'schen Fassung des Dreiecks S. 226–231.

21 Vgl. *Peter Bichsel*, Jodok läßt grüßen, in: Peter Bichsel, Kindergeschichten, München 1969, S. 74–82.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einzelnen Exemplaren der Menschheit stellt erst der *Begriff* her, aber wie? Rein geistig, durch eine „Wesensschau" dessen, was einen Menschen ausmacht? Wie sieht es dann aber beim Embryo E aus, der sich noch außerhalb eines Uterus in der Tiefkühltruhe befindet? Ist das *wirklich* schon ein „Mensch"? Und was folgt daraus *praktisch*?

Man sieht, nebenbei, dass sich eine realistische („ontologische") Konzeption von Logik wohl nicht völlig vermeiden lässt (§ 4 Rn. 2) – auch wenn sie sich letztlich als pragmatistisch herausstellen wird (§ 4 Rn. 8).

3. Die Klärung von Begriffen („How to Make Our Ideas Clear")

10 Damit sind wir bei der Frage, wie man einen Begriff *klären* kann, und zwar gerade dann, wenn er – wie es juristischem Alltag entspricht – umstritten ist. Insofern hat der amerikanische Philosoph Charles Sanders Peirce (1839–1914) drei Stufen der Klarheit unterschieden.[22]

a) Intuitionen („Vertrautheit mit einer Idee")

11 Die erste Stufe bezeichnet Peirce als „Vertrautheit mit einer Idee"[23] – man wird dies im Wesentlichen gleichsetzen können mit dem, was er unter „Intuition" versteht („eine Erkenntnis, die nicht von vorhergehenden Erkenntnissen [logisch] bestimmt ist"[24]). Oder mit Descartes gesagt (gegen den Peirce sich wendet): Intuition ist eine subjektive Gewissheit, die keinen Zweifel zulässt: „Natürlich" ist auch der Embryo schon ein Mensch! – sagen die einen. Die anderen: „Natürlich" ist er es noch nicht! Diese Stufe der Klarheit entspricht, nach Peirce, dem *clare et distincte* von Descartes (s.o. § 1 Rn. 6).

Und es entspricht wohl auch, in der juristischen Methodenlehre, dem Ansatz von Karl Larenz' „wertorientiertem Denken" (s.o. § 1 Rn. 23): „Natürlich" war für ihn – in der Zeit des Nationalsozialismus – „der Führer" die oberste Rechtsquelle![25]

b) Abstrakte Definitionen

12 Die zweite Stufe der Klarheit sind abstrakte Definitionen. Man kann zum Beispiel definieren: „Mensch" ist jedes Wesen der Gattung „Mensch"[26] oder genauer: jeder Organismus, der aus Zellen mit dem menschlichen Genom besteht – auch wenn es erst eine einzige Zelle ist (die sich dann, wie es Böckenförde für das Bundesverfassungsgericht formuliert hat, bereits „als" Mensch entwickelt, nicht erst „zum" Menschen[27]).

22 Der Aufsatz heißt „How to Make Our Ideas Clear" (1878), in: CP 5.388 – 410 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 182–214.

23 *Peirce*, How to Make, in: CP 5.389 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 182 f.l

24 *Charles Sanders Peirce*, Questions Concerning Certain Faculties Claimed for Man (1868), in: CP 5.213, 259–263 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 13, 33–36.

25 *Karl Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 22, 34, 44: Recht ist der Gemeinwille, der auf die konkrete Rechtsidee gerichtet ist. Dieser Gemeinwille ist verkörpert im Führer, „der nicht einer an ihn gerichteten Norm, sondern dem Lebensgesetz der Gemeinschaft, das in ihm Fleisch und Blut geworden ist, [gehorcht]".

26 So *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 5), Art. 1 Rn. 3.

27 BVerfGE 88, 203 (252) – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gegenposition: „Mensch" ist ein solcher Organismus erst dann, wenn er den ersten Schritt zu einem selbstständigen „Leben" getan hat – was anscheinend erst, aber auch schon mit Einnistung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter (Nidation) der Fall ist.[28] Dritte Position: Von einem vollständigen „Menschen" – statt von einem menschlichen Embryo – kann man erst sprechen, sobald die Eröffnungswehen einsetzen.[29] Ab diesem Zeitpunkt ist es Totschlag, wenn man das Kind tötet.

> § 212 StGB – Strafgesetzbuch – lautet: „Wer einen Menschen tötet (…), wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft."

Es ist mir, nebenbei, unverständlich, dass man die Formulierung „als Totschläger" nicht längst gestrichen hat. Sie bringt erstens in der Sache offensichtlich *nichts*, und sie ist zweitens ein Relikt der nationalsozialistischen Ideologie mit ihrer Lehre von Menschentypen und -rassen, die unabänderlich ihren je eigenen Wert oder Unwert haben: Arier, Juden; Mörder, Totschläger; Volksgenossen oder Volksschädlinge, die man ausmerzen muss. Et cetera.

Der Nachteil dieser Definitionen: Sie helfen nicht weiter, wenn ein neuer Fall auftaucht 13
– ein Fall, bei dem es zweifelhaft ist, ob er diesem Begriff (noch oder schon) zuzuordnen ist oder nicht. In unserem Beispiel würde man als Jurist sagen: Beim Embryo, genauer bei der Zygote[30] im Tiefkühlschrank, sind alle drei Definitionen „vertretbar" (zu dieser Kategorie unten § 33 II). Welche davon die „richtige" ist (zu dieser Kategorie s.o. § 3 Rn. 41–42, unten Abschnitt II und später § 30), bleibt vorerst offen.

c) Die pragmatische Maxime: Ein Begriff ist, was aus ihm folgt (Ch. S. Peirce)

Wann also ist ein Mensch ein Mensch? Der bereits genannte Charles Sanders Peirce 14
hat zur Klärung von Begriffen eine „dritte Stufe der Klarheit" vorgeschlagen, die man in Kurzform so fassen kann:

> Ein **Begriff** ist alles, was aus ihm folgt.

Peirce selbst hat dies allerdings – bewusst – sperriger formuliert und selbst als „prag- 15
matische Maxime" bezeichnet:

> „Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object."[31]

Auf deutsch – bewusst ebenso sperrig:

> „Überleg, welche Wirkungen, die vorstellbar-praktische Effekte haben könnten, wir uns bei dem Gegenstand unserer Vorstellung vorstellen, dass er sie hat. Dann ist unsere Vorstellung dieser Wirkungen das Ganze unserer Vorstellung des Gegenstands" (meine Übersetzung).

---

28 BVerfGE 39, 1 (37) – Schwangerschaftsabbruch I (1975).

29 *Albin Eser/Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, vor § 211 Rn. 13; BGHSt 32, 194 (196) – Karrertunnel (1983) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band 32, S. 194); der Täter hatte seine Ehefrau nach Beginn der Eröffnungswehen einen Abhang hinabgestoßen; auch die Frau kam zu Tode.

30 Siehe Fn. 9.

31 *Peirce*, How to Make, in: CP 5.402 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 195.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

16 Die Formulierung ist deshalb so sperrig – fünfmal „vorstellen", „Vorstellung", „vorstellbar" – weil Peirce klar machen will: Es gibt keinen *unmittelbaren*, d.h. logik-unabhängigen Weg von unserem „Denken" in unserer Innenwelt zu den Dingen „an sich"[32] in der Außenwelt und unserem **Begriff** von ihnen. Sachlich gehaltvoll wird es erst, wenn man sich vorstellt, was praktisch – also für unser *Handeln* – aus dieser Vorstellung folgt. Aber das ist dann auch alles, was man wissen kann.

Wenn man weiß, wie Kraft *wirkt*, weiß man auch, was Kraft *ist*.[33]

17 Oder man denke nochmals an die Zygote und ob sie ein „Mensch" ist: Was folgt daraus, dass man sich vorstellt, sie sei ein Mensch im Sinn des Art. 1 Abs. 1 GG (Schutz der Menschenwürde)?

Nach verbreiteter Meinung in der Rechtswissenschaft: Die Präimplantationsdiagnostik (PID) müsse verboten werden – so wie dies in § 3a Abs. 1 ESchG auch geschehen ist. Umstritten bleibt, ob die Ausnahmen von dem Verbot, die in den Absätzen 2 und 3 der Vorschrift vorgesehen sind, nicht doch die Menschenwürde verletzen.[34]

4. Begriffe als geronnene Regeln („Knotenpunkte", Lübbe-Wolff)

18 Was aber ist nun dieses Handeln (*practice*), auf das die Pragmatische Maxime verweist? Wenn man Peirce folgt, kann von Praxis – im Gegensatz zu einem bloßen Sich-irgendwie-verhalten – erst dann die Rede sein, wenn dieses Verhalten, mehr oder weniger reflektiert, einer Regel[35] folgt. Oder mit anderen Worten: wenn es auf einer Verhaltensgewohnheit (*habit*) beruht oder diese auch erst begründet. Erst dann kann man sagen, dass man wirklich weiß, was ein Begriff bedeutet, erst dann hat man ihn wirklich geklärt und eine wirkliche Überzeugung (*belief*) gewonnen:

„The essence of belief is the establishment of a habit."[36]

19 Nun ist allerdings leicht zu sehen: Bei der Betrachtung dessen, was ein Begriff und eine Gewohnheit bedeuten, kann man nicht *allein* auf die Folgen (*consequences, practical*

32 Peirce war Kantianer, für ihn kann daher selbstverständlich das „Ding an sich selbst" nicht erkannt werden, siehe nur *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 45 (fachphilosophische Abkürzung: KrV B 45); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

33 *Peirce*, How to Make, in: CP 5.404 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 200 f.

34 Am klarsten in diesem Sinn *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 5), Art. 1 Rn. 25; kritisch auch *Ralf Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl., München 2022, ESchG § 3a, Rn. 25–27; am klarsten ablehnend *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl., Tübingen 2013, Rn. 79: Zulassung der PID ist kein Verstoß gegen die Menschenwürde. – Eine vermittelnde Meinung versteht Art. 1 Abs. 1 GG in einem doppelten Sinn: Als subjektives *Abwehrrecht* kommt die Würde „dem Menschen" erst ab der Nidation zu (oder noch später), als objektives *Prinzip*, das der Gesetzgeber bei einer Abwägung zu berücksichtigen hat, bereits ab Verschmelzung der Zellkerne (Befruchtung), siehe *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., München 2022, Art. 1 Rn. 8–9.

35 Was das *unbewusste* Handeln angeht, so folgt es natürlich ebenfalls „Gesetzen", nämlich Gesetzen der Biologie, der Physik (Gehirnströme) und der Chemie (Hormone) – vielleicht sogar der Psychologie? –; vgl. schon den ersten Satz bei *Kant*, Logik (Fn. 16), Einleitung (S. 432): „Alles in der Natur, sowohl in der leblosen als auch in der belebten Welt, geschieht *nach Regeln*, ob wir gleich diese Regeln nicht immer kennen" (Hervorhebung im Original).

36 *Peirce*, How to Make, in: CP 5.398 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 191.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bearings) schauen. Selbstverständlich muss man auch, weil dies der Ausgangspunkt ist, deren Voraussetzungen im Blick haben. Gertrude Lübbe-Wolff hat Begriffe deshalb einmal sehr treffend als „Knotenpunkte" ihrer Voraussetzungen und Folgen bezeichnet.[37]

Insofern bedarf die Pragmatische Maxime also einer Ergänzung.

Geht man noch einen Schritt weiter, kann man das „Wesen" von Begriffen sogar darin sehen, dass sie *nichts anderes* sind als ein Kürzel für eine *Regel* – eine Regel, die eben diese Folgen und jene Voraussetzungen (*conditiones*) in einem Konditionalsatz („wenn – dann") zusammenfasst.[38] Schon Kant schreibt in der Kritik der reinen Vernunft (natürlich noch im Geist einer psychologisch fundierten Logik, vgl. § 4 Rn. 5): 20

> „Der Begriff vom Hunde bedeutet eine *Regel*, nach welcher meine Einbildungskraft die Gestalt eines vierfüßigen Tieres allgemein verzeichnen kann, ohne auf irgendeine einzige besondere Gestalt, die mir die Erfahrung darbietet, oder auch ein jedes mögliche Bild, was ich in concreto darstellen kann, eingeschränkt zu sein" (Hervorh. J.L).[39]

Ganz ebenso bedeutet dann der Begriff „Mensch" – als *Rechts*begriff – im Hinblick auf eine befruchtete menschliche Eizelle (Zygote, „Embryo"): 21

> „Wenn du eine befruchtete Eizelle vor dir hast, dann darfst du an ihr – grundsätzlich – keine Präimplantationsdiagnostik (PID) vornehmen."

In anderen Kontexten hingegen kann es völlig gleich sein, ob man die Zygote als „Menschen" bezeichnet oder als „menschliche Zelle" – wenn und weil es dort keinen praktischen Unterschied *macht* (keine *difference that makes a difference*[40]). Einen Fortpflanzungsmediziner interessiert nur, dass er die befruchtete Eizelle (Zygote), wenn alle *medizinischen* Voraussetzungen (*conditiones*) stimmen, mit Aussicht auf eine erfolgreiche Schwangerschaft in einen Uterus einpflanzen kann.

Mehr muss uns, wenn wir im Recht von einem Menschen oder in der Medizin von einer Zygote sprechen, nicht „klar sein".

II. Das Potential von Aussagen (auch im Recht): Wahrheit bzw. Richtigkeit

Vorbemerkung

Der nun folgende Abschnitt II wird dem Leser einiges an Geduld und Flexibilität abverlangen. Er enthält nämlich zum einen recht Simples zur Lehre von „Satz" (oder 22

37 *Gertrude Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg i.Br. etc. 1981, S. 40–60.

38 Von einer „Verschränkung" von Regel- und Begriffsbildung spricht *Lübbe-Wolff* (Fn. 37), S. 45 – und bringt als Beispiel Savignys berühmtes Buch vom „Recht des Besitzes" (1803). Ich selbst habe dieses Buch einmal als ein gelungenes Beispiel pragmatistischer Methode bezeichnet, siehe *Joachim Lege*, Über Spiegel und Rahmen: Ein Resümee und zwei Standortbestimmungen, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 483–485. Genaueres dazu unten § 19 I.

39 *Immanuel Kant*, KrV B 181 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 181; die 1. Auflage wird mit „A" zitiert); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985. – Allerdings versteht Kant hier unter „Regel" nicht explizit eine Wenn-dann-Struktur, vielmehr „eine verborgene Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele", die uns – wie ich interpretiere – per Induktion (dazu § 6 II) die vielen einzelnen Hunde „auf den Begriff" bringt.

40 Formulierung von *Gregory Bateson*, Steps to an Ecology of Mind (1972), deutsch: Ökologie des Geistes, Frankfurt a.M. 1985, S. 582, auch 488 f. – Bateson war offenbar Peirceianer.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Urteil" oder „Aussage"), zum anderen aber auch recht Schwieriges zu Themen, die damit zusammenhängen – ich will sie einmal die **drei großen W** nennen: Werturteile, Wirklichkeitsbezug, Wahrheit.

Die eher trivialen[41] Themen sind:

- Begriff der Aussage (im Unterschied zum „Satz") und zwei Arten von Aussagen (über Tatsachen und über „Werte"), dazu unter 1 und 2;
- logische Beziehungen zwischen mehreren Aussagen, zum Beispiel das „Normenquadrat" (unter 5);
- Aussagen als Bestandteil von Schlussfolgerungen (unter 7).

Die eher schwierigen Themen will ich in drei „**Inkursen**" behandeln[42] – ich will sie der Anschaulichkeit halber als „Tiefbohrungen" bezeichnen. Der erste Inkurs (unter 3) wird die schon geäußerte These vertiefen (§ 3 Rn. 28–31), dass **Werturteile** der Logik nicht vorausliegen, sondern *immer schon* in sie eingebunden sind. Der zweite Inkurs (unter 4) wird das, worin sie und auch alle anderen Aussagen immer schon eingebunden sind, als Sinnzusammenhänge bezeichnen; mit deren Hilfe will ich zeigen, dass es die scheinbare „Kluft" zwischen Recht und **Wirklichkeit** in Wahrheit nicht gibt (sie ist ein Produkt schlechter Metaphysik).[43] Der dritte Inkurs (unter 6) wird schließlich danach fragen, was wir unter **Wahrheit** – oder allgemeiner: Richtigkeit – verstehen dürfen, gerade auch im Recht und in der Jurisprudenz.[44]

23 Dies übrigens auch deshalb, weil nach Auffassung der NJML die **Gültigkeit der Logik**, „will man nicht in Tautologie verfallen"[45], darauf beruht, dass sich ihre formalen Strukturen im Hinblick auf eine äußere, **materiale Wahrheit**/Unwahrheit stets bewähren **würden**.[46] Wenn wir alle Menschen durchgezählt haben, wissen wir, dass sie alle – auch Sokrates – sterblich waren.

Aber beginnen wir nun mit dem Unproblematischen!

1. „Satz" und „Aussage" (und das semiotische Dreieck)

24 Mit dem Begriff „Regel" (§ 5 Rn. 18–21) haben wir die Logik-Ebene des *Begriffs* bereits verlassen und uns auf die Ebene der *Aussagen* („Urteile", Sätze) begeben. Aussagen werden geradezu dadurch definiert, dass sie Begriffe dergestalt zusammenstellen, dass man nach der *Wahrheit* oder allgemeiner: nach der *Richtigkeit* dieser Zusammenstel-

41 Zum „Trivium" – als „Unterstufe" der akademischen Bildung – siehe oben § 2 Rn. 34 (Nachwirken der Rhetorik).

42 Demgegenüber sind *Exkurse* Ausflüge ins Umland, die nicht nötig wären. Unbestrittener Meister des Inkurses in der juristischen Literatur war und ist Peter Häberle (geb. 1934).

43 Dazu schon oben § 3 Rn. 13.

44 Dazu schon oben § 3 Rn. 41 f. und unten § 30.

45 Anspielung auf *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Wieschedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1977, Rechtslehre, S. 31 f.: „§ B Was ist Recht? – Diese Frage möchte wohl den *Rechtsgelehrten*, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder, statt einer allgemeinen Auflösung, auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, eben so in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: *Was ist Wahrheit*? den Logiker."

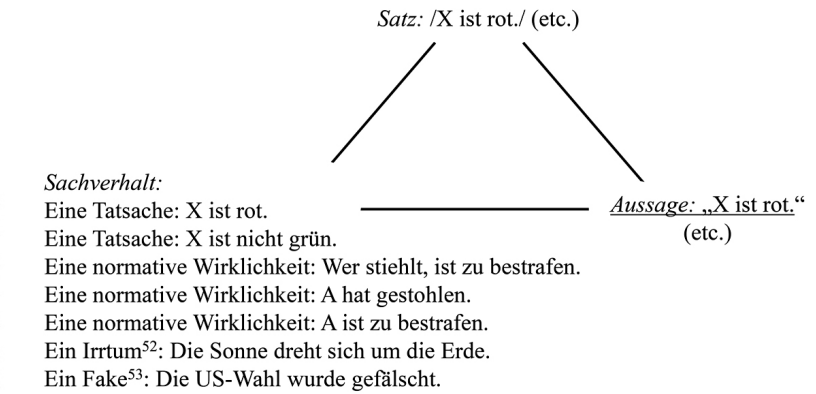
46 Siehe schon § 3 bei und in Fn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lung fragen kann.[47] Demgemäß unterscheidet man in der natürlichen Sprache die *Aussage*sätze von den Frage- und Ausrufesätzen.

Mit dem Bezug auf Wahrheit oder Richtigkeit wird nun aber offenbar auf etwas Bezug genommen, das sich *außerhalb* des Satzes (also der Sprache) und auch *außerhalb* der Aussage (also des „Gedankens"[48], der „Bedeutung", der „Vorstellung", des „Sinns"[49], den der Satz ausdrückt) befindet: auf einen Sachverhalt. *The truth is out there*.[50]

Oder semiotisch, also zeichentheoretisch betrachtet (s.o. Rn. 9): Eine **Aussage** ist die *Bedeutung* eines Satzes (dieser ist das Zeichen[51]) im Hinblick auf einen Sachverhalt. 25



Wichtig ist nun zu sehen, dass dieser „Sachverhalt" keineswegs eine *Tatsache* (ein Faktum, englisch *fact*) sein muss, also etwas, von dem man beweisen kann, dass es wirklich so oder so *ist* – oder eben auch nicht so ist (dann ist es *fiction* oder *fake* oder gar eine Lüge). 26

In der Antiken Gerichtsrhetorik wäre dies Gegenstand des *status coniecturalis* (§ 2 Rn. 9).

Es kann sich auch um eine *Norm* handeln, also um eine Vorschrift aus dem Themenkreis, wie sich Menschen oder auch Dinge (man denke an DIN-Normen!) verhalten *sollten*. In diesem Bereich stellen sich gleich zwei Fragen: erstens, ob die Norm *gilt* (Geltung ist die Art und Weise, wie Normen existieren[54]); und zweitens, ob der Inhalt

47 Angelehnt an *Tugendhat/Wolf*, Propädeutik (Fn. 15), S. 23–25.

48 „Gedanke" hier verstanden im objektiven Sinn: als der *geistige Gehalt*, den der Satz ausdrückt.

49 Vertiefend zur Terminologie Freges *Tugendhat/Wolf*, Propädeutik (Fn. 15), S. 26–30.

50 In der Popkultur erinnert dies an die amerikanische Fernsehserie „The X-Files", deutsch „Akte X – Die unheimlichen Fälle des FBI" (1993–2002, 2016–2018).

51 Einzelheiten siehe Fn. 18.

52 Auch dies nicht subjektiv verstanden, sondern objektiv: Irrtum als das, was *Gegenstand* des irrenden Gedankens und der irrenden Aussage ist.

53 Schade, dass man im Deutschen das Wortspiel von *fact* (Tatsache) und *fake* (Fälschung) nicht mitmachen kann.

54 Frei nach *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), S. 7, 22, zitiert nach der Studienausgabe, Tübingen 2008, S. 21, 34. Worauf diese Geltung beruht – Macht? Richtigkeit? Autorität? Grundnorm? –

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Normaussage – z.B., dass A „gestohlen" hat – normativ, d.h. wertungsmäßig, *richtig* ist.

In der Antiken Gerichtsrhetorik wäre letzteres ein Gegenstand des *status definitionis* (§ 2 Rn. 10).

27 Üblicherweise – das ist geradezu examensrelevantes Wissen – bezeichnet man diesen Gegensatz von Tatsachen und Normen (oder auch „Werturteilen") als einen Dualismus von *Sein und Sollen*. Und der wichtigste (normative!) Satz dazu lautet dann: *Aus dem Sein folgt kein Sollen*.[55]

Daraus, dass jemand eine Frau ist, folgt nicht, dass sie dem Manne untertan sein soll. Das muss dann schon extra in der Bibel stehen.[56]

2. Deskriptive und präskriptive („normative") Aussagen

28 Aussagen (oder Sätze oder „Urteile") eröffnen also, wie wir gesehen haben, ein neues Potential: Sie können wahr oder falsch sein (Begriffe können dies noch nicht). Genau betrachtet sollte man den Begriff „wahr" jedoch nicht für alle Aussagen bzw. Sätze verwenden, sondern nur für *deskriptive Sätze*, also Aussagen, die sich auf *Tatsachen* beziehen (Sachverhalte, die sich beweisen lassen).

Im Recht spielt die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und „Werturteilen" bekanntlich vielfach eine Rolle. Zum Beispiel genießen die Abgeordneten des Bundestages Indemnität (Nichtstrafbarkeit) für alle Äußerungen, die sie im Bundestag oder einem seiner Ausschüsse getan haben – mit der Ausnahme *verleumderischer* Beleidigungen (Art. 46 Abs. 1 Satz 2 GG – Grundgesetz). Und eine Verleumdung liegt vor, wenn jemand wider besseres Wissen eine unwahre *Tatsache* behauptet (die den Betroffenen verächtlich zu machen oder herabzuwürdigen geeignet ist, § 187 StGB – Strafgesetzbuch). Der berühmte Satz „Herr Präsident, mit Verlaub, Sie sind ein Arschloch" (Joschka Fischer am 18. Oktober 1984 gegenüber Richard Stücklen als dem Präsidenten des Bundestages) war demnach nicht strafbar.

29 Demgegenüber kann man bei *präskriptiven Sätzen* bzw. bei *normativen Aussagen* nicht eigentlich von „Wahrheit" sprechen, sondern nur – aber immerhin! – von „Richtigkeit".

---

ist eine zweite Frage. *Urs Kindhäuser*, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Band 2 (1986), Sp. 812–814, spricht von Geltung als der „Seinsweise" der Normen.

55 Üblicherweise wird die Unterscheidung von „Sein und Sollen" bzw. Tatsachen und Moral zurückgeführt auf *David Hume*, A Treatise of Human Nature (1789–1790), Buch III, Teil I, Abschnitt 1; deutsch: Ein Traktat über die menschliche Natur, Hamburg 1906, Nachdruck 1978, insbesondere S. 210 f. mit dem Beispiel eines absichtlichen Mordes. – Dass Sein und Sollen beiderseits nicht voneinander ableitbar ist – also auch nicht: „dass nicht sein kann, was nicht sein darf" (Christian Morgenstern) – ist die Grundprämisse von *Hans Kelsens* „Reiner Rechtslehre", wohl am klarsten gesagt in der 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1996, S. 196.

56 Eph 5, 22–24 (Brief des Paulus an die Epheser [Betonung auf der ersten Silbe, weil es die Mitglieder der Gemeinde in der Stadt Éphesos in der heutigen Türkei waren]), 5. Kapitel, Verse 22 bis 24). Klassische Übersetzung: „Das Weib sei dem Manne untertan." Die revidierte Lutherbibel von 2017 übersetzt: „Ihr Frauen, ordnet euch euren Männern unter wie dem Herrn." In Eph 5, 25 ff. heißt es dann allerdings auch: „Ihr Männer, liebt eure Frauen (…)".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu den Termini: Lateinisch *describere* bedeutet ganz wörtlich „beschreiben", lateinisch *praescribere* bedeutet „vorschreiben".

Die moralisch-ethische, wertungsmäßige Richtigkeit einer Aussage wie „Du sollst nicht töten, und wer es tut, ist zu bestrafen" kann man nicht in derselben Art und Weise „beweisen" wie die Tatsache, dass jemand betrunken Auto gefahren ist. Wohl aber kann man eine ganze Reihe von Argumenten finden, dass diese Aussage rechtlich und/oder moralisch-ethisch „richtig" ist.

Das Ganze gilt übrigens auch für normative Aussagen im Einzelfall („Urteile")[57]: Wenn ein Gericht jemanden wegen Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB – Strafgesetzbuch) zur Zahlung einer Geldstrafe verurteilt, kann dies *rechtlich richtig* sein. Das Gericht kann sich aber auch geirrt haben – sei es bei der Feststellung der Tatsachen (der Angeklagte war gar nicht betrunken) oder bei der rechtlichen Würdigung (es lag kein alkoholbedingter Fahrfehler[58] vor).

Richtig ist allerdings, dass man *über* normative Aussagen *wahre* Aussagen treffen kann. 30
Wenn ich sage: In Deutschland gilt der Rechtssatz „Mord ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen", dann lässt sich diese Behauptung durch einen Blick in das Strafgesetzbuch – dort § 211 – verifizieren.

3. Tiefbohrung I: „Werturteile" (normative Aussagen) als Gegenstand der Logik

Zur Erinnerung: Wir kommen nun zum ersten der „Inkurse" zu den drei großen W (Werturteile, Wirklichkeit, Wahrheit).

Wenn nun, wie hier behauptet, normative Aussagen bzw. Werturteile „normativ richtig" 31
sein können – sagen wir die Aussage „Es ist geboten, sich einer geschlechtergerechten Sprache zu bedienen" –, woran bemisst sich dann diese Richtigkeit? Die spontane Antwort nicht nur bei Juristen dürfte lauten: „Das ist keine Frage der Logik, sondern eine Frage der Wertung."

Wirklich ein Zufallsfund im Internet: In den Unterrichtsmaterialien meines geschätzten ehemaligen Dresdener Kollegen Detlev Sternberg-Lieben heißt es zum Justizsyllogismus (siehe § 3 Rn. 6–7), bei ihm handele es sich um eine „scheinbar [!] rein logische Schlussfolgerung ohne Wertung".[59]

Demgegenüber lautet die These der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML): Auch Wertungen und Werturteile (normative Aussagen) sind Gegenstand der Logik. Sie

57 Ein schönes Detail am Rande: *Hans Kelsen* versteht richtigerweise unter „Norm" nicht nur – wie die deutsche Rechtswissenschaft – *Gesetze*, also abstrakt-generelle Aussagen, sondern auch konkret-individuelle Aussagen, etwa in Gestalt von Gerichtsurteilen oder Verwaltungsakten (Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1996, z.B. S. 20, 121).

58 Dazu etwa *Joachim Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 316 Rn. 20 f.; nicht alkoholbedingt ist es z.B., wenn man auf einer gut beleuchteten Straße nur mit Standlicht fährt (Landgericht Potsdam, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht [NZV] 2005, S. 597).

59 Leider habe ich die Fundstelle im Netz nicht notiert. Detlev Sternberg-Lieben hat mir das Skript „Zur Auslegung" aber freundlicherweise per E-Mail zukommen lassen. – Das hervorgehobene „scheinbar" bedeutet: nur zum Schein, in Wahrheit nicht. Demgegenüber würde „anscheinend" bedeuten: allem Anschein nach wirklich so.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stehen nicht „außerhalb", sondern sind ihr geradezu unterworfen[60] – jedenfalls dann, wenn man glaubt, man könne auch Werturteile einer rationalen Kritik unterziehen.

a) Können Werturteile überhaupt „richtig" sein?

32 Die allererste Frage ist dann allerdings, ganz radikal, ob eine solch rationale Begründung überhaupt möglich ist. Wenn man dies verneint, kann die „Richtigkeit" einer Wertung letztlich nur auf *Macht* beruhen – sei es nun die Macht einer behaupteten höheren Einsicht (man denke an das Unfehlbarkeitsdogma der katholischen Kirche[61] oder an das Wahrheitsmonopol kommunistischer und sozialistischer Parteien[62]), die Macht einer Mehrheitsentscheidung (in der Demokratie) oder auch die Meinungsmacht einer Minderheit (man denke an Platons „Drohnen"[63]).

In der Rechtswissenschaft wäre ein *reiner* Positivismus eine reine Machttheorie.[64]

33 Will man sich freilich nicht damit begnügen, dass „Werturteile" nichts als Machtfragen sind, muss man davon ausgehen, dass man sie begründen kann und insbesondere die Berufung auf ein „Bauchgefühl" als letzte Instanz nicht ausreichen kann – es wäre ebenfalls ein Sich-berufen auf nicht weiter hinterfragbare Einsicht. Also bleibt auch bei „Werturteilen" nichts anderes übrig, als sie „logisch" abzuleiten, und zwar aus *anderen* Werturteilen.

Das ist ja auch der Witz in Kelsens Reiner Rechtslehre: Normen können nur aus Normen abgeleitet werden.[65]

Was das Bauchgefühl angeht: Im Licht der neueren Kognitionswissenschaften[66] hat es im sogenannten „System 1" durchaus seine Berechtigung. Wenn aber andere dieses

60 Mit anderen Worten: Die Logik gilt (*gilt*!) nicht nur für deskriptive Sätze, sondern auch für präskriptive („normative") Sätze („Werturteile"), so auch etwa *Maximilian Herberger/Dieter Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt/Main 1980, S. 34.

61 Es gilt (!) seit dem Ersten Vatikanischen Konzil 1870 unter dem damaligen Papst Pius IX. und betrifft nur Aussagen, die der Papst offiziell *ex cathedra* trifft, d.h. in seinem Lehramt für die Christenheit.

62 Siehe das „Lied der Partei", das als Hymne der SED diente, mit dem Refrain „Die Partei, die Partei, die hat immer recht!" und auch mit deutlichem Bekenntnis zu Lenin und Stalin. – Der Text war eine Weile auf der Website des Bonner Hauses der Geschichte zu finden, heute gelingt das nur noch auf einem Umweg: https://web.archive.org/web/20140822010952/http:/www.hdg.de/lemo/html/dokumente/JahreDesAufbausInOstUndWest_liedtextSEDLied/index.html <02.11.2023>. Eine Schallplattenaufnahme, gesungen von Ernst Busch, findet man auf: https://www.youtube.com/watch?v=TRGIQAUHqhM <02.11.2023>.

63 In *Platons* „Politeía" (Achtes Buch) geht die Demokratie daran zugrunde, dass die Armen (Demokratie ist bei Platon die Herrschaft der Armen) von unzufriedenen Wortführern, heute würde man sagen: von Populisten, gegen die Herrschenden aufgestachelt werden. Platon bezeichnet diese Aufstachler als „Drohnen", das sind die männlichen Bienen, die auf Kosten der arbeitenden (weiblichen) Bevölkerung des Bienenvolkes aufgezogen werden und selbst zu nichts anderem als zur Fortpflanzung nützlich sind.

64 *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Katholisches Soziallexikon, 2. Aufl., Graz u.a. 1980, Spalte 2358–2362 (2360).

65 Am klarsten *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Fn. 57), S. 196: „Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein."

66 Dazu schon die Andeutung oben § 3 Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

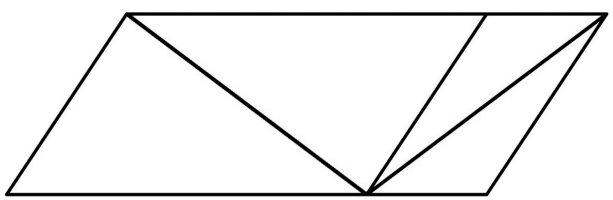
Gefühl nicht teilen, muss man entweder Macht[67] ausüben, vielleicht sogar Gewalt – oder ins „System 2" wechseln: in das Reich rationaler Argumente. Genaueres dazu unten § 35 Rn. 12–20.

b) Wertungen als erste Prädikate (wie Wahrnehmungen)

Woher kommen dann aber diese Wert*urteile*? Die Antwort ist leicht und schwer zugleich: Sie beruhen auf „Wertungen", und diese Wertungen sind immer schon da – mit Kant gesprochen: Sie sind *a priori* da. Sie sind immer schon da, wenn man fragt: Darf ich das? Muss ich das? Darf *der* das? Sollte *sie* das? Kurz: Wenn ein „Sollen" im weiten Sinn – also alles Geboten-, Erlaubt- und Verbotensein – die *Kategorie* ist, unter der ich die Welt „betrachte", besser: *wahrnehme*. 34

Dabei kann dieses „Sollen" eher eine Frage der *Moral* sein – „es gehört sich, geschlechtergerecht zu formulieren" – oder eine Frage des *Rechts* – „Kundin K hat einen einklagbaren Anspruch darauf, dass ihre Bank B in ihren Formularen geschlechtergerecht formuliert" (vom BGH wurde dies verneint[68]).

Wichtig ist: Diese „wertende" Wahrnehmung der Welt ist so „unhintergehbar", wie es Sinneseindrücke sind oder die Wahrnehmung von Raum und Zeit.[69] Dies bedeutet aber nicht, dass die Wahrnehmung und das darauf beruhende erste „Werturteil" unfehlbar wären – man denke an optische Täuschungen und einen darauf beruhenden deskriptiven Satz, z.B. „Die linke Diagonale ist länger als die rechte" (was sie nicht ist): 35



Oder auch an Zeugenaussagen und Zaubertricks.[70]

67 „Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht" (*Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft [1921], 5. Aufl., Tübingen 2000, Kapitel 1, § 16, S. 28).

68 BGHZ 218, 96 – Bankformulare (2018) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 218, S. 96); Leitsatz: „Es besteht kein gesetzlicher Anspruch darauf, in Vordrucken und Formularen nicht mit Personenbezeichnungen erfasst zu werden, deren grammatisches Geschlecht vom eigenen natürlichen Geschlecht abweicht. Nach dem allgemein üblichen Sprachgebrauch und Sprachverständnis kann der Bedeutungsgehalt einer grammatisch männlichen Personenbezeichnung jedes natürliche Geschlecht umfassen (‚generisches Maskulinum')."

69 Dass „Raum" und „Zeit" Kategorien der *Wahrnehmung* sind, damit beginnt Kants „Kritik der reinen Vernunft" (die sogenannte Transzendentale Ästhetik). Praktisch zeigt sich dies, wenn bei einer Demenz Zeit- und Raum„gefühl" schwinden (in dieser Reihenfolge).

70 Auch sie zeigen, dass wir die Welt nicht unmittelbar wahrnehmen, sondern schlussfolgernd interpretieren – so schon *Peirce*, Questions Concerning Certain Faculties, in: CP 5.216 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 15. – Ebenso entsteht auf der Netzhaut kein „Bild" wie auf einer Fotographie,

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

36 Wert*urteile* entstehen nun dadurch, dass jene Wertungen in einem *Satz* („Urteil", Aussage) als *Prädikat* einem bestimmten Objekt (oder besser: Sachverhalt) zugeschrieben werden. Kurz: *Wertungen sind erste Prädikate*, die zunächst ganz unbewusst (wie Sinneseindrücke) *ent*stehen und dann gleichsam durch die Tür eines Satzes („Werturteils") in das bewusste Denken eintreten: „*Das* ist aber *schön*!"

Und dort, im bewussten Denken, können sie dann im nächsten Schritt zu Begriffen gerinnen (siehe oben I 4).

Kant hat für die parallel liegenden Sinneseindrücke einmal sehr schön formuliert: „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind."[71]

Und Peirce noch schöner: „Die Elemente eines jeden Begriffs treten in das logische Denken durch das Tor der Wahrnehmung ein und gehen durch das Tor des bewussten Handelns wieder hinaus; und was auch immer sich an diesen beiden Toren nicht ausweisen kann, ist als von der Vernunft nicht autorisiert zu verhaften."[72]

c) Wert*urteile* (besser: Wert*aussagen*, Wertungs*sätze*) als emotionale Stellungnahme

37 Worin *be*stehen dann aber diese Wertungen, was ist ihre Substanz? Nun, *Wertungen* bestehen – anders als „objektive" Sinneseindrücke[73] – in mehr oder weniger stark erlebten „subjektiven" *Emotionen*. Bei Kant etwa kann man als die drei wesentlichen ethischen Emotionen herauspräparieren[74]: „Empörung" als die zuständige Emotion für Unrecht, „Abscheu" als Reaktion auf lasterhaftes Verhalten, „Schaudern" schließlich, wenn unter dem Deckmantel des Rechts Gewalt und Willkür herrscht.

Erstaunlicherweise fehlen bei den von Kant genannten Emotionen solche, mit denen man auf die ethisch-positive Seite reagiert, also auf richtiges Recht, auf tugendhaftes Verhalten und auf gerechte (oder als gerecht *empfundene*) Verhältnisse. Vielleicht ist es eine Art Ergriffenheit, man denke an die Amerikaner, wenn sie ihre Nationalhymne hören? Oder ein Gefühl für die Heiligkeit des Rechts?[75] Dies ähnelte dann sehr den Gefühlen, die von den Kategorien ausgelöst werden, die Kant in der „Kritik der Urteilskraft" – also seinem Hauptwerk zur Ästhetik – untersucht: die Kategorien des Schönen und des Erhabenen (Schönheit wird geradezu definiert als das, was bei jedem [!] ein „interesseloses Wohlgefallen" – also ein positives Gefühl – auslöst[76]).

---

sondern es werden Millionen von Nervenzellen gereizt, und der Großrechner Gehirn „filtert" diese Daten dergestalt, dass wir nur einen Bruchteil davon bewusst „wahrnehmen".

71 *Kant*, KrV B 75 (Fn. 39).

72 *Charles Sanders Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903), in: CP 5.212 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 420. – Originaltext: „The elements of every concept enter into logical thought at the gate of perception and make their exit at the gate of purposive action; and whatever cannot show its passports at both those two gates is to be arrested as unauthorized by reason." – Siehe auch § 6 Rn. 2.

73 Allerdings werden wohl auch Sinneseindrücke schon wertend wahrgenommen: „Iiii, das stinkt."

74 Dazu *Joachim Lege*, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478.

75 Vgl. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 30: „Das Recht ist etwas *Heiliges überhaupt*, allein weil es das Dasein des absoluten Begriffes, der selbstbewußten Freiheit ist." Zitiert nach: Werke, Band 7, Frankfurt a.M. 1986.

76 *Immanuel Kant*, KdU B 16, 32, 68 (Kritik der Urteilskraft, 2. Aufl. 1793, S. 16, 32, 68; die 1. Auflage wird mit „A" zitiert), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. X, Frankfurt a.M. 1974. –

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Darin, dass Unrecht stärkere Emotionen hervorruft als Recht, liegt wohl auch eine gewisse Gefahr: Gerechtigkeit wird auf die Dauer langweilig,[77] ebenso wie jeder „Genuss … öfteren Wechsel [verlangt] und … mehrmalige Wiederholung nicht aus[hält], ohne Überdruss zu erzeugen“[78].

Aus allem ergibt sich nun: „Wert*urteile*“ (besser: Wert*aussagen*, noch besser Wertungs**sätze**) sind bzw. repräsentieren offenbar emotionale *Stellungnahmen* zu einem bestimmten Sachverhalt. Dies bedeutet aber nicht, dass sie dadurch der Kritik enthoben wären, und dies wiederum bedeutet: Man darf verlangen, dass die Voraussetzungen (Prämissen[79]) der Wertung offengelegt werden – und *warum sie das Werturteil stützen*. „Emotion pur“[80] reicht nicht aus. 38

> Am Beispiel der geschlechtergerechten („gegenderten“) Sprache: Es reicht nicht aus, dass sich bestimmte Menschen von der herrschenden Sprache unterdrückt *fühlen*. Ganz ebenso können sich andere Menschen ihrerseits durch den Zwang zu geschlechtergerechter Sprache unterdrückt *fühlen*. Wenn daher die Frage, wer wen unterdrücken darf, nicht eine reine Machtfrage sein soll, muss man fragen, ob die besseren Argumente für oder gegen eine geschlechtergerechte Sprache sprechen.[81]

> Argumentieren aber ist – sofern es rational geschieht, also nach nachvollziehbaren Gründen fragt – eine Sache, nein: *die* Sache der Logik.

> > Ein wenig besorgniserregend ist daher die sogenannte Identitätspolitik: Ihr gemäß ist „Identität“ etwas, das gerade nicht nachvollziehbar ist. Folglich könnten *und dürften daher* nur schwarze Frauen die Werke schwarzer Frauen übersetzen, nur schwule Schauspieler schwule Männer spielen.[82]

Ein gutes Argument dafür, dass Emotion allein für eine seriöse Begründung nicht ausreicht, sind nicht zuletzt die Worte Martin Luthers, die allzu häufig dahingehend missverstanden werden, dass Wertungen „eben nicht rational sind“ – gemeint sind die Worte: „Hier stehe ich, ich kann nicht anders.“ Abgesehen davon, dass Luther sie in dieser Form vermutlich gar nicht gesagt hat, sind ihnen nämlich die folgenden Sätze vorausgegangen[83]: Er, Luther, werde nicht widerrufen, … 39

> „… es sei denn, dass ich durch Zeugnisse der Schrift oder überzeugende Gründe der Vernunft widerlegt werde – denn ich glaube weder dem Papst noch den Konzilien allein, da es offenkundig ist, dass dieselben mehrmals geirrt und sich selbst widersprochen haben – bin ich durch die

---

Theodor W. Adorno, Ästhetische Theorie, Frankfurt a.M. 1973, S. 25, hat sich darüber lustig gemacht: „kastrierter Hedonismus“.

77 Dies hat schon Platon in seiner Kritik an der Unterhaltungsindustrie beobachtet, siehe *Joachim Lege*, „Politeía“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 238 (zu Platons Buch X 5 bis 8).

78 *Kant*, KdU (Fn. 76), § 53 (B 218).

79 Zum logisch-technischen Begriff „Prämisse“ sogleich unter Rn. 94 f.

80 Für die Nachwelt: „Emotionen“, gar „Emotion pur“ werden zur Zeit in den Medien immer wieder als besonders toll verkauft.

81 Und obendrein: wer darüber entscheiden sollte: jede*r selbst? der Staat? – Eine gute Lösung wohl: Man stellt es den Einzelnen frei (vgl. das Normenquadrat bei Rn. 63).

82 Überblick aus juristischer Sicht: *Eric Hilgendorf*, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, in: Juristenzeitung (JZ) 2021, 853–863. Ein nicht völlig gelungener Roman zum Thema: *Mithu Sanyal*, Identitti, München 2021; immerhin ist darin der größte Unsympath ein Jurastudent.

83 *Martin Heckel*, Kaiser Karls V. Begegnung mit Luther auf dem Reichstag zu Worms 1521, in: Juristenzeitung (JZ) 2021, 425–434 (427).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von mir angeführten Schriftstellen bezwungen und ist mein Gewissen gefangen durch das Wort Gottes. Deshalb kann und will ich nichts widerrufen, weil es das Heil verdirbt und die Seligkeit gefährdet, gegen das Gewissen zu handeln."

Schrift (Bibel) und *Vernunft* waren die beiden Autoritäten, auf die man sich im Mittelalter bei der Wahrheitssuche berufen durfte.

Und dass man irgendwann an einen Punkt kommt, an dem man keine weitere Begründung einer Begründung einer Begründung einer Begründung etc. geben kann, sogenanntes Münchhausen-Trilemma[84] – „das liegt daran, dass niemand von uns der liebe Gott ist"[85].

4. Tiefbohrung II: Aussagen als Bezugnahme auf Sinnzusammenhänge Oder auch: Aussagen und „die Wirklichkeit"

Zur Erinnerung: Dies ist der zweite „Inkurs" zu den drei großen W (Werturteile, Wirklichkeit, Wahrheit).

40 Wie soll es nun aber funktionieren, dass man Werturteile und andere Aussagen durch weitere Aussagen bzw. Werturteile stützen kann? Es funktioniert offenbar dann und deshalb, wenn und weil Aussagen nie allein stehen, sondern immer schon in einen größeren „Sinnzusammenhang" eingebunden sind und zugleich auf andere „Sinnzusammenhänge" verweisen. (Nebenbei: „Zusammenhang" kann man mit altgriechisch *systéma* übersetzen). Derartige Zusammenhänge will ich im Folgenden, als Terminus technicus (Fachbegriff), Sinnzusammenhänge nennen.

Eigentlich bin ich nicht ganz glücklich damit, dieses Thema schon hier zu behandeln – das Logik-Kapitel wird dadurch etwas kopflastig. Allerdings spricht für dieses Vorgehen, dass man die Logik dann selbst als einen Sinnzusammenhang begreifen kann: als ein System (einen Kontext, ein Geflecht, ein Narrativ – *whatever you like to call it*), das, wie es in § 3 Rn. 33–34 etwas mystisch schon angeklungen ist, zwischen „Welt" und Denken vermittelt, dabei aber auch selbst „wirklich" ist, das heißt, eine ihm gemäße Welt konstituiert (lateinisch *con-stituere*: errichten, bauen): die Welt der Vernunft und der Wissenschaft.

Ganz ähnlich kann man die natürliche Sprache als einen Sinnzusammenhang verstehen und dann fragen, wie weit sie „die Welt" konstituiert: ob man **zum Beispiel** mit einer **geschlechtergerechten** Sprache die Welt besser machen kann. Oder skeptischer: Ob man die Welt mit einer geschlechtergerechten **Sprache** besser machen kann.

41 Wie auch immer, man sieht: Es sind offenbar immer Sinnzusammenhänge, die auf Sinnzusammenhänge verweisen. Dies bedeutet ganz praktisch: **Es gibt** Sinnzusammenhänge,[86] und es gibt sie auch „da draußen" – in der Außenwelt. Das Sonnensystem ist ein physikalischer Sinnzusammenhang, der Staat ein politischer und rechtlicher

84 Dazu schon § 3 Rn. 29 Fn. 42 mit dem Verweis auf *Hans Albert*, Traktat über kritische Vernunft, Tübingen 1968, S. 13.

85 *Hans Peter Duerr*, Traumzeit. Über die Grenze zwischen Wildnis und Zivilisation (1978), Neuauflage Frankfurt a.M. 1985, S. 504 f.

86 Vgl. *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 30: „Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, dass es Systeme gibt."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sinnzusammenhang. Die beiden Geschlechter (*sexes*) „männlich" und „weiblich" sind konstituiert durch einen biologischen Sinnzusammenhang – was selbst diejenigen implizit anerkennen müssen, die sich jenseits (lateinisch *trans*) dieses Zusammenhangs ansiedeln: als Transfrau oder Transmann.[87] (Schwieriger wird es bei nicht-binären Transpersonen[88]: Beziehen sie sich – auch – auf den biologischen oder – nur – auf einen gesellschaftlichen Sinnzusammenhang [*gender*], was ihr Geschlecht betrifft?) Wie auch immer: *Es gibt* Sinnzusammenhänge – und sie sind mehr oder weniger real (dazu sogleich unter b).

Auch der Zufall ist ein (realer) Sinnzusammenhang!

a) Zum Begriff Sinnzusammenhang

Um es noch einmal anders zu formulieren: Die vorhin getroffene Unterscheidung von „Aussagen über Tatsachen" und „Aussagen über normative Wirklichkeiten" („Werturteile") – und beide sind der Logik *unterworfen* – lässt sich einen Schritt weiterdenken. Er geht von dem Wort „über" aus und lautet: *Aussagen* – verstanden als der Inhalt (die Bedeutung, der „Sinn") von Sätzen, die richtig oder falsch sein können – Aussagen beziehen sich nicht nur auf andere Aussagen, sondern auch auf einen (weiteren) Sinnzusammenhang, der für den *Bereich, über* den die Aussage getroffen wird, *gilt*. Im Lichte *dieses* Sinnzusammenhangs lassen sich dann *über* die Wirklichkeit „Urteile" fällen, seien sie nun deskriptiv („A ist grün") oder normativ („B ist ein A…", „C ist schön"). Und „Sinn" wäre in etwa wie folgt zu definieren: 42

Sinn *ist* (oder *hat* oder *macht*[89]) alles, was für etwas anderes aus der Sicht (genauer: Wahrnehmung) eines Dritten einen Unterschied macht.[90] (Bei Aussagen ist dies der Unterschied „wahr oder unwahr", „richtig oder falsch.")

Der hier eingeführte Begriff Sinnzusammenhang unterscheidet sich vom Begriff „System" in der (Luhmannschen) Systemtheorie vor allem dadurch, dass es „Sinn" nicht nur in psychischen und sozialen Systemen gibt.[91] Auch in der Natur (bei Luhmann: physische Systeme) gibt es „Sinn", etwa in Gestalt der Naturgesetze. – In der Soziologie Max Webers bezieht sich der Begriff „Sinnzusammenhang" ebenfalls nur auf soziale Phänomene, genauer: auf das Verstehen und Erklären sozialen Handelns. Er wird zudem nur beiläufig verwendet.[92]

Beiläufig taucht „Sinnzusammenhang" auch in der Juristischen Methodenlehre von Zippelius auf. Dort ist die Rede von einer „bedeutungsprägende[n] Wech-

87 Als Transfrau bezeichnet man, grob gesagt, einen biologischen Mann, der sich als Frau definiert, als Transmann eine biologische Frau, die sich als Mann definiert. Biologische Männer, die sich als Männer definieren, und biologische Frauen, die sich als Frauen definieren, heißen demgegenüber Cis-Männer und Cis-Frauen (lateinisch *cis*: diesseits – gemeint: des herkömmlichen Geschlechter-Sinnzusammenhangs).

88 … also Menschen, die sich weder dem einen noch dem anderen Geschlecht zuordnen können – oder gar, ganz objektiv, die „man" weder der einen noch dem anderen Geschlecht zuordnen kann?

89 Die Formulierung tut nichts zur Sache, s.o. bei Fn. 1; daher könnte man statt von „Sinnzusammenhängen" auch von „Bedeutungszusammenhängen" sprechen.

90 Zum Unterschied, der einen Unterschied macht (*a difference that makes a difference*) schon oben bei Fn. 40. – Zur Peirce'schen Kategorienlehre („Erstheit – Zweitheit – Drittheit") sogleich bei Rn. 77 f.

91 So *Luhmann*, Soziale Systeme (Fn. 86), S. 92–147.

92 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (Fn. 67), Kapitel 1, § 1 Nr. 5, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbeziehung zwischen einer einzelnen Sinnäußerung und den größeren Sinnzusammenhängen, in die sie eingebunden ist"[93] – etwa aber nicht nur: in den Sinnzusammenhang des Rechts. Das kommt dem hier verwendeten Begriff nahe, es bleibt aber bei einer Andeutung.

Die Larenzsche Methodenlehre spricht häufiger von „Sinnzusammenhang", allerdings nur – mit einer Ausnahme[94] – in Bezug auf Texte, Gesetze und das Recht insgesamt.[95] Das ist viel enger als der hier eingeführte Begriff.

43 Kurz: Es gibt Sinnzusammenhänge nicht nur in unseren **Aussagen** über die Wirklichkeit, sondern auch in der **Wirklichkeit** selbst.

Zur Erinnerung: Unser Thema in diesem § 5 II sind „Aussagen" mit ihrem Potential der „Richtigkeit". Und die Überlegungen zu den Sinnzusammenhängen (4) führen nun zu dem „zweiten großen W" (siehe vor II), also zur Wirklichkeit – und dazu, dass es keine „Kluft" zwischen Recht und Wirklichkeit gibt, die man ohne Logik überwinden müsste.

b) Eine Wirklichkeit, viele Sinnzusammenhänge (Beispiel: Torschuss)

44 Natürlich liegt nun die Frage nahe: Gibt es überhaupt „die" Wirklichkeit (Realität, *reality*)? Oder gibt es ganz viele? So viele, wie es Sinnzusammenhänge gibt? Also zum Beispiel eine Wirklichkeit der Natur (und Naturwissenschaft), eine Wirklichkeit des Rechts, der Wirtschaft, der Politik usw.?

Natürlich kann man so *reden*, und ich will nicht über Worte streiten. In der Sache geht es aber darum, ob es eine Realität gibt, die unsere *Aussagen* über sie korrigieren kann – oder ob es jenseits der Aussagen nichts „wirklich Reales" gibt, ob also die Welt Harry Potters[96] ebenso real ist wie Liebeskummer oder ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts.

45 Nach meiner Überzeugung sollte (!) man davon ausgehen, dass es nur *eine* Wirklichkeit gibt (zu einer von mir respektierten Ausnahme weiter unten). Diese *eine* Wirklichkeit kann man freilich unter verschiedenen Aspekten oder Perspektiven oder eben in verschiedenen Sinnzusammenhängen „deuten".[97] Man kann der Wirklichkeit den unterschiedlichsten „Sinn" geben, meinetwegen auch: Sinn „zuschreiben" (es geht um die Sache, nicht um Wörter) – am neutralsten ist wohl die Formulierung: „die verschiedensten Bedeutungen zuweisen".

---

93 *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 19), § 10 III.

94 … nämlich im Kontext des „konkret-allgemeinen Begriffs" Hegels, so wie Larenz ihn versteht (*Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, z.B. S. 457). In diesem Kontext geht es um die „Erfassung von Sinnzusammenhängen, die durch die isolierende Methode der Bildung abstrakter Begriffe abgeschnitten werden" – und daher offenbar nur einer logik-enthobenen Wesensschau zugänglich sind. So wie ehedem der im Führer verkörperte Gemeinwille, wie das „Lebensgesetz der Gemeinschaft, das in ihm Fleisch und Blut geworden ist" (siehe Fn. 25).

95 *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 94), z.B. S. 206, 324 ff. (Bedeutungszusammenhang), 487 f.

96 Klassisches Beispiel dafür, dass jemand eine Fiktion (hier: die Welt der Ritterromane) für Realität nimmt, ist der Don Quijote (1605) des *Miguel de Cervantes* (1547–1616).

97 Dass man statt von „Sinn" auch von „Bedeutung" sprechen könnte, wurde schon angedeutet (Fn. 89).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies ändert aber nichts daran, dass ein Torschuss in einem Fußballspiel *eine einzige* Realität bleibt, die man freilich verschieden „bewerten" kann: physikalisch[98], fußballerisch[99], ästhetisch[100], vielleicht sogar wirtschaftlich[101] und rechtlich[102]. 46

Die „Rechtstheorie" von Michael Potacs spricht sehr schön davon, dass wir in einer juristischen Aussage (bzw. einem juristischen Satz oder „Urteil") einem Lebenssachverhalt eine rechtliche Bedeutung „zusinnen" (d.h. ihm einen rechtlichen „Sinn" zuschreiben).[103]

Und: Hans Kelsen verwendet in der zweiten Auflage seiner Reinen Rechtslehre (1960) die Metapher des antiken Königs Midas. So wie diesem alles zu Gold wurde, was er berührte (so dass er verhungern musste), so wird auch dem Recht alles, mit dem es in Berührung kommt, zum Recht.[104] Dies gilt gerade auch dann, wenn das Recht bestimmte Sachverhalte für „rechtlich irrelevant" erklärt (Gefälligkeiten, Verabredungen, sogar „political questions"[105]). – In diesem Sinn höchst spannend sind neuere Überlegungen zu einem „Recht auf Nicht-Recht".[106]

c) Keine „Kluft" zwischen Recht und Wirklichkeit

Wichtig erscheint mir nun: Im Licht dieser *einen* Wirklichkeit ist die Rede von einer „Kluft" zwischen dem „Lebenssachverhalt" und der „Rechtsnorm", wie sie so gern beschworen wird, reichlich sinnlos (sinn-los!). Oder sagen wir es genau und klar: Eine solche Redeweise ist falsch, ist schlechte Metaphysik[107] – eine Metaphysik, die uns Probleme sehen lässt, wo keine sind, um sie dann mit Konzepten zu lösen, die gefährlich werden können. 47

Nämlich dann, wenn man *statt* auf Vernunft auf Gefühl setzt, *statt* auf Logik auf „Wertung", *statt* auf Richtigkeit auf Macht.

In Wahrheit (!) ist es überhaupt kein Problem, dass wir die *eine* Wirklichkeit immer wieder neu und im Lichte immer anderer Sinnzusammenhänge interpretieren.[108] Also etwa *als* rechtliche oder *als* ökonomische „Wirklichkeit". 48

98 Wie viele km/h hat die Geschwindigkeit des Balls erreicht?

99 War er „drin" im Tor oder nicht?

100 War es ein Abstauber oder ein Kunstschuss („Tor des Monats")?

101 Wie viel hat ein Torschuss von Mbappé seinen Verein Paris Saint Germain gekostet? Gewiss, dies ist keine besonders weiterführende Frage – aber ökonomisch „sinnvoll" wäre sie schon.

102 Nehmen wir an, der Stürmer S schießt absichtlich daneben, weil er bestochen wurde. Strafbar?

103 *Michael Potacs*, Rechtstheorie, 2. Aufl., Stuttgart 2019, S. 52, 99, auch 168: „Zusinnbarkeit".

104 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Fn. 57), S. 282.

105 Nach der Rechtsprechung des US Supreme Court sind *political questions* nicht justiziabel, das heißt, sie können nicht gerichtlich überprüft werden. Im deutschen Recht geht in dieselbe Richtung die Lehre von einem Beurteilungsspielraum („Einschätzungsprärogative") der politischen Akteure, der gerichtlicher Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist (s.u. § 15a Rn. 76–82).

106 *Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink* (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht, Weilerswist 2020.

107 Meta-Physik ist ja das, was sich „hinter" – griechisch *metá* – der Natur – *phýis* – befindet.

108 … und natürlich auch in vielen verschiedenen natürlichen Sprachen! Zu deren „Weltbildfunktion" unten Rn. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Siehe oben das Luther-Zitat: Berufung auf die Sinnzusammenhänge „Schrift" (also die Bibel) und „Vernunft" (letztlich also: Logik[109]).

Im Licht der neueren Kognitionswissenschaft könnte man auch sagen: Jede Wahrnehmung der Welt („der" Welt?) ist immer schon „verzerrt", hat immer schon ihren speziellen *bias*. Es gibt keine Eins-zu-eins-Objektivität, vielmehr gilt (gilt!): *What you see is all there is* (WYSIATI). Mehr dazu unten § 35 Rn. 34–35.

In diesem Licht wäre dann sogar Deskriptivität eine Art Normativität. Wir *sollen* oder wollen die Welt – im dazu passenden Kontext – nach Gesetzen der Physik, etwa nach den Gesetzen der Kausalität beurteilen.[110]

49 Es ist mir natürlich klar: Dass es nur *eine* Realität gibt, ist ein metaphysischer Satz. Er lässt sich nämlich weder verifizieren noch falsifizieren. Aber es spricht viel für ihn – Popper nennt dies einen metaphysischen Realismus.[111] Dann aber ist es kein Problem, „wenn Recht auf Wirklichkeit trifft"[112], mag diese Entgegensetzung unter Juristen auch noch so beliebt sein.

Die Staatsrechtslehrertagung 2007 in Freiburg verhandelte zum Beispiel als eines ihrer Themen „Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit".[113]

Anders gewendet: Die rechtliche Wirklichkeit ist keine andere als die *eine* „Lebenswirklichkeit". Sie ist lediglich eine von tausend Arten, sie zu interpretieren.

Verschwörungstheorien[114] sind eine weitere Art.

50 Und das Christentum ist der vielleicht einzige Sinnzusammenhang, der *seine* Wirklichkeit als eine *völlig andere* Wirklichkeit versteht. Jesus Christus sagt, als er als Angeklagter vor dem römischen Statthalter Pilatus steht: „Mein Reich ist nicht von dieser Welt"[115] – bei mir gelten *ganz andere* Maßstäbe.

Im griechischen Original steht für „Reich" übrigens das Wort *basileía*, das bedeutet wörtlich: Königtum (Jesus Christus wurde von den Juden angeklagt, er maße sich das Amt des Königs an). Und für „Welt" steht das Wort *kósmos*, wörtlich „Ordnung", aber auch „Schmuck" (das Wort Kosmetik kommt von dort). Man kann „Kosmos" wohl auch mit Sinnzusammenhang übersetzen.

---

109 Dies zeigt auch Luthers Hinweis darauf, dass Papst und Konzilien sich mehrfach „selbst widersprochen" hätten – was nun einmal ein klarer Verstoß gegen die Gesetze der Logik ist.

110 Wäre es nicht so riskant, könnte man sogar sagen: Selbst die Annahme einer existentiellen Kluft zwischen „Sein und Sollen" ist sinnlos. Beide sind real (oder auch Fiktion), und wir haben immer nur *Aussagen über* das Sollen oder das Sein. Aber die dürfen wir – und das ist ja das Wichtigste –, nicht miteinander vermengen.

111 *Karl Raimund Popper*, Logik der Forschung (1935), 9. Aufl., Tübingen 1989, S. 226 (s. auch S. 40 und 76).

112 Ich habe die Fernsehsendung „Hart aber fair. Wenn Politik auf Wirklichkeit trifft" freilich nie gesehen.

113 Die Berichte lieferten *Christian Hillgruber* und *Uwe Volkmann*, publiziert in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 67 (2007); Begleitaufsatz mit demselben Titel: *Joachim Lege*, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2007, S. 1053–1064.

114 Für die Nachwelt: Anlässlich der „Corona-Pandemie" in den Jahren 2020 ff. entstanden eine ganze Fülle von Verschwörungstheorien, die insbesondere hinter dem am Ende nicht verwirklichten Impfzwang böse Mächte vermuteten („Bill Gates will euch allen einen Chip einpflanzen" usw.).

115 Joh. 18, 36 (Evangelium des Johannes, Kapitel 18, Vers 36).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Die dreifache Rolle der Logik bei Aussagen über die Wirklichkeit

Wir kommen nun zu der bereits vor (a) angekündigten Doppelrolle der Logik als Sinnzusammenhang und als (Teil der) Wirklichkeit bei Aussagen über die Wirklichkeit. 51

aa) Die Logik als Sinnzusammenhang (Beispiel: Abseitsregel im Fußball)

Die letzte Pointe scheint mir in unserem *jetzigen* Kontext nämlich zu sein: Auch die Logik ist „nur" ein Sinnzusammenhang – aber der wichtigste von allen. Sie „gilt" – als normative Wissenschaft! – für alle **Aussagen**, die den Anspruch auf Richtigkeit erheben. Insbesondere gilt sie sowohl für deskriptive als auch für normative Aussagen – seien dies nun Aussagen aus den **Bereichen** des Rechts, der Moral oder auch des Fußballs. 52

Die „Einführung in den Gutachtenstil" von Brian Valerius (geb. 1974) bringt zum Beispiel einen Fall aus dem Fußball, genauer zur Abseitsregel. An ihm exemplifiziert Valerius das logische Begründungsschema, so wie es auch im juristischen Gutachten gefordert ist (ich werde das Schema, etwas vertieft, den Vollständigen Juristischen Syllogismus – VJS – nennen, s.u. § 8).[116]

Dass die Logik eine normative Wissenschaft ist, sagt mit anderen Worten auch Kant: Logik sei „eine Wissenschaft des richtigen [!] Verstandes- und Vernunftgebrauchs überhaupt, aber nicht subjektiv, d.h. nicht nach empirischen (psychologischen) Prinzipien, wie der Verstand denkt, sondern objektiv, d.i. nach Prinzipien a priori, wie er denken *soll*" (Hervorhebung J.L.).[117] 53

Nebenbei: Die drei *klassischen normativen Wissenschaften* sind die Logik, die Ethik und die Ästhetik – verstanden als die Lehren vom Wahren, vom Guten und vom Schönen.[118]

bb) Die Logik als Wirklichkeit (und die geschlechtergerechte Sprache)

Aber warum *sollte* man diesem Sinnzusammenhang, warum *sollte* man der Logik folgen? 54

Dies ist eine Frage, die die Logik allein offenbar nicht beantworten kann. Sie „lebt von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann", um einmal mehr das berühmte Böckenförde-Diktum[119] abzuwandeln (man findet es sogar in wikipedia, und als Jurist *sollte* man es kennen!).

Wir werden die Antwort (sie kommt unter cc) auf einem kleinen Umweg suchen.

---

116 *Brian Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl., Berlin etc. 2017, S. 22.

117 *Kant*, Logik (Fn. 16), Einleitung (S. 437); im Original ist alles durch gesperrten Druck hervorgehoben.

118 Zugegeben: In der Fachphilosophie dürfte dies nicht die einhellige Meinung sein.

119 Es lautet (Hervorhebung im Original): „*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.* Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist." – Böckenförde hat mir einmal gesagt, er habe sich bei dem Satz nicht allzu viel gedacht. Berühmt wurde er, weil er als *eyecatcher* auf der Rückseite des Einbandes des Suhrkamp-Taschenbuches stand, in dem der Aufsatz von 1967 („Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation") gemeinsam mit anderen Aufsätzen abgedruckt war und nach dem hier denn auch zitiert wird: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Staat – Gesellschaft – Freiheit, Frankfurt a.M. 1976, S. 42–64 (60).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

55 Erster Schritt: Die Logik ist nicht „nur" ein Sinnzusammenhang, der abgehoben von der Wirklichkeit in den Wolken des Denkens schwebte. Sie ist kein „rein formales", abstraktes Regelwerk. Die Logik ist vielmehr, wie jeder andere Sinnzusammenhang, eine *eigene Wirklichkeit*. Anders gewendet: Die Logik ist, wie jeder andere Sinnzusammenhang auch, selbst ein Teil der *einen* Wirklichkeit. Es gibt sie wirklich!

Karl Raimund Popper würde sagen: Sie ist ein Teil der „Welt 3", also der Welt der geistigen Inhalte.[120] „Es gibt" Opern und Romane. Und wir wissen zwar, dass Harry Potter eine Fiktion ist – aber diese Fiktion ist, als solche, in der Welt.

56 Zweiter Schritt: Warum streiten wir eigentlich über geschlechtergerechte Sprache?[121] Es gibt zwei Möglichkeiten.

Die erste: Sprache sollte gefälligst das *abbilden*, was in der Welt „da draußen" eh schon so und nicht anders ist. Wenn es also nicht nur zwei Geschlechter gibt, sondern ganz viele, dann *sollte* dies in der Sprache zum Ausdruck kommen. Wir sollten also „Student:innen" oder „Professor*innen" schreiben und sagen – mit einer kleinen Pause dort, wo das Sternchen ist. Weil wir nur so die Welt so abbilden, wie sie wirklich ist.

Die nächste Frage wäre dann freilich: Wer *entscheidet* darüber, wie die Welt „wirklich ist"? (Man bedenke, dass in früheren Zeiten die Rassenkunde[122] als seriöse Wissenschaft gegolten hat!)

Zweite Möglichkeit: Sprache bildet die Welt gerade nicht ab, sondern sie *formt* die Welt. Wenn wir also die Sprache *ändern*, ändern wir auch die Welt da draußen! Und zwar so, wie sie sein *sollte*: eine soziale Welt, in der – vermittelt durch die Sprachakte[123] – allen Nuancen geschlechtlicher Orientierung stets die gleiche Aufmerksamkeit, ja Gegenwart[124] zukommt.

Dass die Sprache eine „Weltbildfunktion" hat, dass folglich zum Beispiel die Welt des Englischen und des Hopi (eine „indianische"[125] Sprache) teilweise *inkompatibel* sind, ist eine alte These in der Sprachwissenschaft (sogenannte Sapir-Whorf-Hypothese[126]).

---

120 *Karl Raimund Popper*, Objektive Erkenntnis, 4. Aufl., Hamburg 1984, S. 75, 109–115, 161–168 und öfter (original: Objective Knowledge, 1972).

121 Zum Thema als solchem in leichter Sprache und leicht tendenziös: Bundeszentrale für politische Bildung, https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-in-einfacher-sprache/331122/geschlechtergerechte-sprache/ <7.11.2023>. Dass man auch beim generischen Maskulinum an alle Menschen *denken* kann, Frauen und Trans-Personen eingeschlossen, wird nicht gesagt.

122 Siehe zum Beispiel *Egon Freiherr von Eickstedt*, Rassenkunde und Rassengeschichte der Menschheit, Stuttgart 1934 (936 Seiten); *Herman Lundborg*, Rassenkunde des schwedischen Volkes, Jena 1928.

123 Ich sage bewusst „Sprachakte" und nicht wie üblich „Sprechakte", weil dann klar ist: Auch schriftliche Äußerungen gehören dazu. – Klassiker zu den Sprechakten: *John Langshaw Austin*, How to Do Things With Words, Oxford 1955, 2. Aufl. 1962; auf Deutsch – geradezu typisch deutsch – erschienen unter dem Titel „Zur Theorie der Sprechakte", Stuttgart 1972.

124 Der Begriff „Gegenwart" hatte ursprünglich auch eine rechtliche Bedeutung: Er bezeichnete das wechselseitige Gegen-Einander der Parteien vor Gericht, siehe *Rolf Gröschner*, Dialogik und Jurisprudenz, Tübingen 1982, S. 52 f.

125 So nannte man früher die Sprachen der indigenen Bevölkerung Amerikas.

126 Klassiker: *Benjamin Lee Whorf*, Sprache – Denken – Wirklichkeit (1963), 24. Aufl., Reinbek bei Hamburg 2003 (übersetzte Aufsätze von 1936 bis 1941. Aus marxistischer Sicht der Greifswalder Kollege *Erhard Albrecht*, Bestimmt die Sprache unser Weltbild? Zur Kritik der gegenwärtigen bürgerlichen

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc) Logik als Ehrenkodex wissenschaftlicher Aussagen

Dritter Schritt: Die Wahrheit dürfte in der Mitte liegen. Es gibt vermutlich eine Wechselwirkung zwischen der physischen Welt „da draußen" (nach Popper: die „Welt 1") und der Welt in unserem Denken (nach Popper: „Welt 2"). Diese Wechselwirkung findet statt in der „Welt 3", nennen wir sie: die Welt der Bedeutungen[127] – und sie findet *nur dort* statt. 57

Dass hinter diesen Bedeutungen letztlich immer eine *Praxis* steht, haben wir schon gesagt (oben Rn. 14-21 – Pragmatische Maxime).

In dieser Welt der Bedeutungen gibt es nun freilich die verschiedensten hier so bezeichneten Sinnzusammenhänge (Recht, Sprache, Musik, Liebe, Technik etc. etc.). Diese Sinnzusammenhänge sind einerseits der Welt 1 und der Welt 2 vor-gegeben – Kant würde sagen: apriorisch. Sie sind andererseits aber auch etwas, das wir mehr oder weniger bewusst „anwenden" können. Wir haben *eine Wahl*, ob wir uns, beispielsweise, ökonomisch rational verhalten wollen – oder doch lieber etwas kaufen, das uns mehr Glück verspricht, als es nachher liefert. Wir haben *die Wahl*, ob wir einen Streit vor Gericht austragen oder unseren Ärger herunterschlucken. Und wir haben *die Wahl*, ob wir bei unserer Meinungsbildung und unseren Meinungsäußerungen der Logik folgen – oder lieber etwas anderem (z.B. einer unvermittelten „Werterkenntnis", einem göttlichen Gebot, einer gefühlten Identität). 58

In dem berühmten Aufsatz „The Fixation of Belief" unterscheidet Charles Sanders Peirce vier Methoden zur Festlegung einer Überzeugung: Hartnäckigkeit (*tenacity*), Zwang und Gehorsam (*authority*), Bauchgefühl (*a priori-method*) – und rational nachvollziehbare Gründe (*method of science* oder auch: *of logic*).[128]

Die hier vertretene Überzeugung (*belief*!) geht nun dahin, dass wir uns für den Sinnzusammenhang „Logik" entscheiden *sollten*, wenn wir den Anspruch auf *Wissenschaftlichkeit* erheben. Nur die Logik zwingt – zwingt! – uns dazu (normativ!), von unseren Überzeugungen *in nachvollziehbarer Weise* Rechenschaft abzulegen. 59

Anders gewendet: Wenn wir mit unseren **Aussagen** den Anspruch auf Wahrheit bzw. Richtigkeit erheben – das war ja unser Ausgangspunkt –, dann können wir dies im Namen der **Wissenschaft** nur tun, wenn wir diese Aussagen – soweit es eben geht – logisch nachvollziehbar begründen. **Logik** ist, sozusagen, der **Ehrenkodex** der Wissenschaft. Wissenschaft wird *verwirklicht* durch Logik.

Wo man ihr nicht folgt, droht Geschwurbel.

Wie weit die Logik geht, ist eine zweite Frage. In der herrschenden juristischen Methodenlehre wird ihr Bereich viel zu eng abgesteckt (§ 3 Rn. 3–20).

Dies leitet zwanglos über zu den logischen Beziehungen *zwischen* Aussagen.

Sprachphilosophie, Berlin (DDR) 1972; dort S. 37–40 sehr kurz zu Peirce, und die „Bemerkungen zur sprachphilosophischen Situation in der BRD" umfassen 65 der 166 Seiten.

127 Hegel würde wohl von objektivem Geist sprechen.

128 *Charles Sanders Peirce*, The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 – 387 (Fn. 1), deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 149–181.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Logische Beziehungen zwischen mehreren Aussagen

60 Weiterführend für unsere These, dass alles Denken und Argumentieren, das einen seriösen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, kurz: dass jede wissenschaftliche Methode aus Logik besteht, ist nun beim Thema „Aussage" (oder „Urteil" oder „Satz"): Mehrere Aussagen können miteinander in einer *logischen*, das heißt folgerichtigen Beziehung stehen. Nehmen wir den Satz: „Es ist *verboten*, einen anderen Menschen zu töten." Dieser Satz ist offenbar nicht vereinbar mit den Satz: „Es ist erlaubt, einen anderen Menschen zu töten". Sondern nur vereinbar mit dem Satz: „Es ist *nicht* erlaubt, einen anderen Menschen zu töten."

Natürlich *setzt dies voraus*, dass wir bereits *wissen*: „verboten" ist das Gegenteil von „erlaubt". Und sogar das krasse[129] Gegenteil von „*ge*boten". Folgerungen: Was *ge*boten ist, kann nicht zugleich *ver*boten sein – und umgekehrt. Wohl aber muss nicht alles, was *nicht ver*boten ist, auch *ge*boten sein – man darf es, aber muss nicht. Es ist einem *freigestellt*.

Dass diese Voraussetzungen noch weitere Voraussetzungen haben – man bezeichnet sie als die Grundgesetze der Logik –: dazu Näheres sogleich unter III 1.

61 Die Grundzüge dieses Verhältnisses von Sätzen zueinander sind bereits von Aristoteles entwickelt worden, allerdings nicht für normative, sondern für deskriptive Aussagen. Es gibt, so sagt er im Wesentlichen,[130] vier Arten von Sätzen: bejahende („Alle Hühner sind grün"), verneinende („Kein Huhn ist grün"), partiell bejahende („Einige Hühner sind grün") und partiell verneinende („Einige Hühner sind nicht grün").[131]

62 Die Einzelheiten dieser sogenannten Aussagenlogik müssen uns nicht interessieren.[132] Um von ihr wenigstens einen Eindruck zu gewinnen, soll aber doch das sogenannte **Aussagenquadrat** vorgestellt werden:

---

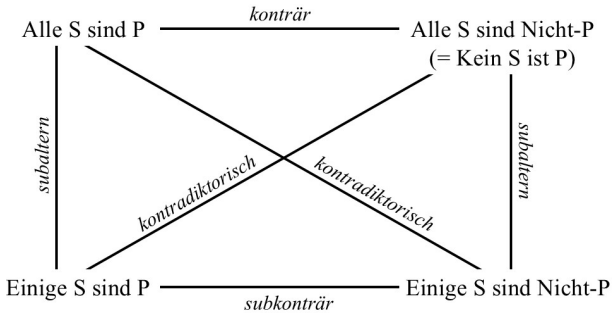
129 Für die Jugend: „krass" ist keineswegs eine Vokabel aus einem bestimmten jugendlichen Milieu mit Migrationshintergrund, sondern ein uraltes deutsches Lehnwort. Es kommt vom lateinischen *crassus*, und dies bedeutet: fett. – Einer der nettesten Momente in meiner Tätigkeit als Professor war die Besprechung eines meiner Texte mit meinen Mitarbeitern. Die Studenten unter ihnen hatten Bedenken, ob man in einem seriösen Text wirklich „krasse Ungerechtigkeit" sagen könne …

130 Im Einzelnen viel subtiler und wie alles bei ihm schwer verdaulich: *Aristoteles*, Erste Analytik I 2–3 (25a1–25b25); Ausgabe: Organon Band 3/4, griechisch-deutsch, Hamburg 1998. – Aristoteles' Werke werden nach der sogenannten Bekker-Ausgabe (Berlin 1831) zitiert mit Seite, Spalte und Zeile, hier also Seite 25, rechte Spalte, Zeile 25.

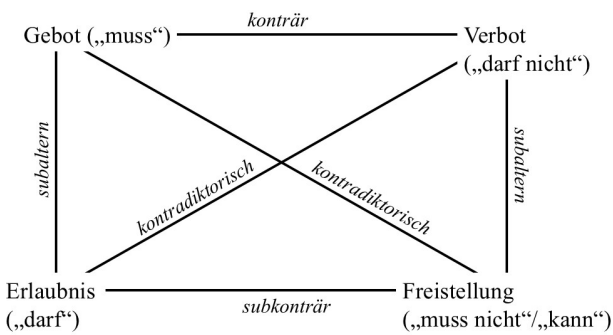
131 Ob die beiden letzten Sätze im Grunde identisch sind, hängt davon ab, wie man das Wort „einige" versteht. Die h.M. in der Logik interpretiert sie als: „mindestens einer, aber nicht alle" – dann sind sie in der Tat identisch.

132 Zur Vertiefung etwa: *Tugendhat/Wolf*, Propädeutik (Fn. 15), S. 66–76 (68–74); *Egon Schneider/Friedrich E. Schnapp*, Logik für Juristen, 6. Aufl., München 2006, S. 77–82; *Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Heidelberg etc. 2018, Rn. 40 f.; *Jan C. Joerden*, Logik im Recht, 3. Aufl. 2018, S. 2–7, 287 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -



Und gleich darauf auch das sogenannte **Normenquadrat** – es geht auf Jeremy Bentham (1748–1832) zurück[133]: 63



Mit beiden Quadraten lässt sich schön zeigen, was genau *aus dem einen Satz* im Hinblick auf einen *anderen Satz* oder auch auf mehrere andere Sätze *folgt.* 64

> So folgt aus dem Satz „A *muss* B tun“, dass A dies auch „*darf*“ und es ihm zudem nicht etwa freigestellt ist, ob er es tut. Juristisch gewendet: Es steht, zum Beispiel, nicht etwa im Ermessen einer Behörde („kann“), ob sie eine Baugenehmigung erteilt oder nicht.[134]

Wie gesagt, auf die technischen Einzelheiten kommt es nicht an. Worauf es ankommt, ist allein: Schon aus ganz einfachen Aussagen – einschließlich „Werturteilen“, besser „**Wertaussagen**“ – lässt sich immer *auch* und immer *schon* etwas erschließen, was 65

133 Zur Vertiefung etwa *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie (Fn. 132), Rn. 42–46; mit Fortentwicklung zu deontologischen Sechsecken und Zehnecken *Joerden*, Logik (Fn. 132), S. 173–216, zudem mit Blick auch auf das islamische Recht!

134 Sprachlich ergibt sich dies z.B. aus der Formulierung des § 72 Abs. 1 LBauO M-V (Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern): „Die Baugenehmigung *ist* zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (…).“ Bei der Abrissverfügung ist dies anders, siehe § 80 Abs. 1 LBauO M-V: „Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, *kann* die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlage anordnen (…).“ (Hervorhebungen J.L.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerade noch nicht in ihnen selbst enthalten ist – teils mit größerer, teils mit geringerer Wahrscheinlichkeit. Nehmen wir das folgende Beispiel[135]:

Alle Menschen sind sterblich.
Henoch und Elias sind unsterblich.
Henoch und Elias sind keine Menschen.

Das ist eine Kombination von Sätzen, die einen Höchstgrad an Wahrscheinlichkeit erreicht. Man kann sogar sagen: Er ist *formal* zwingend. Wenn der erste Satz richtig ist („wahr") und ebenso der zweite Satz richtig ist („wahr") dann ist auch der dritte Satz „wahr" – wir kommen darauf zurück.

Dagegen ist das folgende Beispiel mit geringerer Wahrscheinlichkeit gesegnet:

Alle Menschen sind sterblich.
Henoch und Elias sind keine Menschen.
Henoch und Elias sind unsterblich.

Dazu müsste man schon mehr über sie wissen. Vielleicht sind es Götter oder Engel? Dann stimmt es *inhaltlich* („material"), auch wenn die Form der Schlussfolgerung dies nicht garantiert. Henoch und Elias könnten ja auch Schimpansen sein – und deshalb ebenfalls sterblich.

6. Tiefbohrung III: Die Wahrheit bzw. Richtigkeit von Aussagen

Zur Erinnerung: Dies ist der letzte „Inkurs" zu den drei großen W (Werturteile, Wirklichkeit, Wahrheit).

66 Wir haben soeben den Begriff „Wahrheit" ins Spiel gebracht, und wir hatten eingangs gesagt: Das Potential von „Aussagen" (oder „Urteilen" oder „Sätzen"[136]) sei Wahrheit bzw. Richtigkeit. *Aussagen* können „wahr oder falsch", „richtig oder falsch" sein (Begriffe können dies noch nicht). Aber was ist Wahrheit?

Die Frage „Was ist Wahrheit?" ist deshalb so berühmt, weil sie eng mit Jesus Christus verbunden ist. Als Jesus dem römischen Statthalter Pontius Pilatus vorgeführt wird, weil die Juden wollten, dass dieser Jesus zum Tod am Kreuz verurteilt, spricht Jesus zu Pilatus: „Du sagst es: Ich bin ein König. Ich bin dazu geboren und in die Welt gekommen, dass ich die Wahrheit (altgriechisch *alétheia*) bezeuge. Wer aus der Wahrheit ist, der hört meine Stimme." Dazu dann Pilatus, leicht verwirrt (und gewiss philosophisch vorgebildet): „Was ist Wahrheit?"[137]

Zum Christuswort „Mein Reich ist nicht von dieser Welt" – gefallen im selben Kontext – siehe schon oben Rn. 50.

135 Das Beispiel ist angelehnt an *Charles Sanders Peirce*, Deduction, Induction, and Hypothesis (1878), in: CP 2.626 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 233 f. – Peirce' Witz besteht darin, dass Henoch und Elias zwei Propheten aus dem Alten Testament sind, die angeblich in den Himmel aufgenommen wurden, ohne zuvor sterben zu müssen, siehe 1. Mose = Gen 5.24 (1. Buch Mose, auch genannt Genesis; es ist das erste Buch des Alten Testaments und damit auch der Bibel, dort Kapitel 5 Vers 24) und 2. Könige 2.11 (2. Buch der Könige, auch dies im Alten Testament).

136 Zu den drei Begriffen s.o. Rn. 1, 22–25.

137 Joh. 18, 37–38 (Evangelium des Johannes Kapitel 18 Vers 37–38).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) „Wahrheit" im Alltag, im Recht und in der (Fach-)Philosophie

Das vielleicht Wichtigste für eine juristische Methodenlehre, die auch für andere Disziplinen „anschlussfähig" sein soll – zum beiderseitigen Nutzen –, ist wohl das Folgende: 67

> Der rechtliche Begriff von „Wahrheit" unterscheidet sich grundlegend von dem Begriff „Wahrheit" in der Fachphilosophie. Er entspricht vielmehr dem Alltagsverständnis von Wahrheit, so dass man ihn auf die Kurzformel bringen kann:
>
> **„Wahr"** ist das, was wirklich passiert (oder passiert ist oder auch passieren wird). Die Tatsache als solche. Der Sachverhalt, so wie er sich in der Wirklichkeit abgespielt hat.

In diesem Sinn spricht man vor allem im Strafprozess ganz naiv von „Wahrheitsfindung"[138]: Was ist in der Tatnacht wirklich geschehen?

> Man kann dies durchaus ein ontologisches Wahrheitsverständnis nennen (oder auch ein realistisches, vgl. oben § 4 Rn. 2). In der antiken Gerichtsrhetorik wäre es ein Fall für den *status coniecturalis* (§ 2 Rn. 9).

Demgegenüber bezieht sich in der fachphilosophischen Logik der Begriff Wahrheit nicht auf Tatsachen, sondern auf *Aussagen* über Tatsachen. Eine *Aussage* (ein Urteil, ein Satz) ist wahr, wenn sie (oder es oder er) die Wirklichkeit (also das, was wirklich der Fall ist; das, was wirklich geschieht, geschehen ist, geschehen wird), richtig beschreibt. Kurz (und für Laien vielleicht etwas befremdlich): 68

> Die Aussage „Alle Raben sind weiß" ist wahr, wenn alle Raben weiß sind.[139]

b) Wahrheitstheorien in der Philosophie

Näherhin gibt es dann eine ganze Reihe von „Wahrheitstheorien", die im Kern darum ringen, wie man die harten Fakten in der Außenwelt – weiße Raben! – mit etwas so Geistigem wie Wörtern oder Sätzen sinnvoll in Verbindung bringen kann. Die wohl bekanntesten dieser Wahrheitstheorien sind die Korrespondenztheorie, die Kohärenztheorie und die Konsenstheorie.[140] 69

---

138 Natürlich muss hier der berühmte Satz „… wenn's denn der Wahrheitsfindung dient" erwähnt werden. Mit ihm hat *Fritz Teufel*, ein berühmter Protagonist der 1968er Studentenbewegung, in einem gegen ihn angestrengten Prozess die Aufforderung des Richters, sich zu erheben, kommentiert.

139 In Anlehnung an *Alfred Tarski* (1901–1983), Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik (1944), zitiert nach *Gunnar Skirbekk* (Hrsg.), Wahrheitstheorien, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1992, S. 140–188 (143 f.) – bei Tarski ist das Weiße allerdings der Schnee. Wesentlich ist dabei die Unterscheidung von Objektsprache – hier die Aussage „Alle Raben sind weiß" – und Metasprache, also die Aussage über jene Aussage; siehe dazu auch *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie (Fn. 132), Rn. 31.

140 Im Flaggschiff der deutschen Fachphilosophie, dem von Joachim Ritter begründeten Historischen Wörterbuch der Philosophie (es hat einen eigenen wikipedia-Eintrag), finden sich im letzten Band zum allgemeinen Stichwort „Wahrheit" 76 Spalten, gefolgt von weiteren 46 Spalten zu Unterbegriffen wie christlich-theologische, objektive oder auch ästhetische und nackte Wahrheit (*Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel* [Hrsg.], HWPh [Historisches Wörterbuch der Philosophie], Band 12 [Basel 2004], Sonderausgabe Darmstadt 2019). Die drei genannten Theorien und die noch folgende Konvergenztheorie finden sich dort in dem Abschnitt zur „Analytischen Philosophie" (Sp. 115–123).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gemäß der **Korrespondenztheorie** ist ein Satz wahr, wenn er der Wirklichkeit entspricht – aber können wir wirklich *sicher* sein, dass alle Raben weiß sind?[141] Können wir den Daten wirklich trauen?

Die **Kohärenztheorie** ist mir am fremdesten: Ihr gemäß ist etwas genau dann wahr, wenn es zu einer maximal kohärenten Menge von Meinungen oder akzeptierten Aussagesätzen gehört.[142] Demgemäß wäre ein Horoskop, das mir einen Lottogewinn voraussagt, wahr, wenn es sich stimmig in den Sinnzusammenhang (zum Begriff siehe oben II 4 a) der Astrologie einfügt. Das hat mir denn doch zu wenig Bezug zur Wirklichkeit „da draußen".

70 Die sogenannte **Konsenstheorie** der Wahrheit ist ambivalent. In einer platten Form – wahr ist, worüber wir uns alle einig sind –, ist sie sicher falsch: Die Erde ist keine Scheibe, auch wenn man sich lange Zeit darüber einig war. Wenn die Konsenstheorie hingegen meint (und so meint es in Anlehnung an Peirce vor allem Habermas):

> Wahr ist, worauf sich am Ende alle einigen *müssten*, und zwar aufgrund des „eigentümlich zwanglosen Zwanges des besseren Arguments"[143],

dann ist das im ersten Schritt richtig. Wenn Habermas daraus dann aber im zweiten Schritt *folgert*, man müsse sein Augenmerk darauf richten, dass der „Diskurs" über die Argumente bestimmten Regeln zu folgen hat („herrschaftsfreier Diskurs"), und *dies* sei Garant dafür, dass am Ende ein Konsens über die *Wahrheit* herauskommt[144] – dann fehlt auch hier der entscheidende Bezug zur Wirklichkeit „da draußen".[145] Wie kommt *sie* dazu, unsere falschen Überzeugungen zu korrigieren?

> Anders gewendet: Wenn ich aus der Aussage „Wenn eine Aussage wahr ist, wird darüber ein vernünftiger Konsens erzielt", folgere: „Wir müssen dafür sorgen, dass ein vernünftiger Konsens entsteht", dann beruht dies auf einem logischen Fehler, nämlich auf einem Schluss von der *Folge* (Konsens) auf die *Voraussetzung* (Wahrheit). Gerade so, als wollte man aus „Wenn die Sonne scheint, bin ich fröhlich" schließen: „Ich bin fröhlich, also scheint die Sonne". Oder gar aus „Wer ein guter Wissenschaftler ist, wird häufig zitiert" folgern: „Wer häufig zitiert wird, ist ein guter Wissenschaftler". Er kann auch ganz einfach gut vernetzt sein („Zitierkartelle").[146]
>
> In Kurzform also: Aus „Wenn Wahrheit, dann Konsens", lässt sich nicht gültig schließen: „Hier Konsens, also Wahrheit."

---

141 Zu dieser Unterscheidung auf gerade einmal zwei Seiten *Karl Raimund Popper*, Über Wahrheit und Sicherheit, in: Rechtstheorie 7 (1976), S. 65 f.

142 *Wolfgang Künne*, Artikel „Wahrheit", Abschnitt C, in: HWPh (Fn. 140), Band 12 (2004), Sp. 118.

143 Berühmte Formulierung, siehe *Jürgen Habermas*, Wahrheitstheorien, in: Helmut Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walther Schulz zu 60. Geburtstag, Pfullingen 1973, S. 211–265 (226, 240).

144 Explizit *Habermas* (Fn. 143), S. 240: „Die Konsensustheorie der Wahrheit beansprucht den eigentümlich zwanglosen Zwang des besseren Arguments durch formale Eigenschaften des Diskurses zu erklären" (und nicht durch einen Rekurs auf Logik oder Empirie). In der Jurisprudenz hat dies einen Anhänger im frühen Alexy gefunden: *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a.M. 1978, 2. Aufl. 1991.

145 Meine Kritik an Habermas: *Lege*, Pragmatismus (Fn. 18), S. 133–136.

146 Zur Versuchung, Zitationsergebnisse zu manipulieren, schon oben Fn. 17 am Beispiel der „h.M." in der Jurisprudenz.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Am überzeugendsten scheint mir daher die sogenannte **Konvergenztheorie** der Wahrheit[147] zu sein – sie ist letztlich nur eine in die Zukunft verlegte Kombination von (primär) Korrespondenztheorie und (sekundär) Konsenstheorie der Wahrheit: Wahr ist diejenige Meinung über die Realität/Wirklichkeit „da draußen", auf die sich *in the long run* alle, die nach ihr mit Hilfe der Logik suchen, einigen *müssten*. *In the long run*, das heißt: wenn wir unendlich viel Zeit und unendlich viel Kraft, Hirn und Geduld hätten. 71

Diese Konvergenztheorie ist, erneut, eine Erfindung von Charles Sanders Peirce:

> „The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real. That is the way I would explain reality."[148]

c) Rechtliche Richtigkeit: Ronald Dworkins „Richter Hercules"

Es scheint mir auf der Hand zu liegen: Die berühmte Metapher, die der berühmte amerikanische Rechtsphilosoph Ronald Dworkin (1931–2013) eingeführt hat, um so etwas wie rechtliche Richtigkeit zu begründen – der allwissende Richter „Hercules" –, ist nichts anderes als eine dichterische Version der Peirce'schen Konvergenztheorie der Wahrheit. 72

Dworkin geht bekanntlich davon aus, dass es in jeder rechtlichen Frage *eine und nur eine* richtige Antwort gibt – das ist die sogenannte *right answer thesis*. Es gibt also nicht mehrere richtige Antworten, unter denen der Richter nach freiem Ermessen (*discretion*) auswählen könnte.[149]

Nur, und das ist der Witz: Anders als der allwissende Hercules können *wir*, als so fehlbare und so häufig irrende Menschen, die wir sind, niemals guten Gewissens behaupten, dass wir in einem konkreten Fall *wirklich* die richtige Antwort gefunden haben. Wir können als Richter kurz nach Verkündung eines Urteils plötzlich gewahr werden: Oh nein, das war ja falsch! (Studenten kennen diese Erfahrung nach Klausuren …). Nichtsdestoweniger müssen wir als Richter **voraussetzen**:

> Bei der Frage, *ob A nun im Recht war oder nicht*, kann es nur *eine* richtige Antwort geben. Das sind wir ihm oder ihr (und auch uns selbst) schuldig.

Aber nur ein Richter, der unendlich klug ist und alles weiß, was man für diesen Fall wissen muss – eben Hercules, als idealer Richter –, *würde* stets die richtige Antwort finden.[150] 73

147 In der Jurisprudenz z.B. vertreten von *Arthur Kaufmann*, Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1986, S. 425–442.

148 *Peirce*, How to Make, in: CP 5.407 (Fn. 1), deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 205.

149 Am deutlichsten *Ronald Dworkin*, Taking Rights Seriously (1977), London 2013, reprint 2022, S. 335–348, 393–402 (als *Reply to Critics*); deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a.M. 1984, S. 448–466, 529–540; eingehend dazu *Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis, Berlin 1988, S. 215–243, auch S. 71–82.

150 *Dworkin*, Taking Rights Seriously (Fn. 149), S. 132–159; deutsch: Bürgerrechte (Fn. 149), S. 182–221; auch dazu *Bittner*, Interpretative Praxis (Fn. 149), S. 165–174, 182–193.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Natürlich greift Dworkin mit diesem Bild letztlich auch auf Kant zurück. Kant führt in der „Kritik der reinen Vernunft" dort, wo es wirklich spannend wird, nämlich im Übergang zur Ethik, den Begriff der „regulativen Idee" ein. Dies sind Begriffe, die wir **voraussetzen** müssen („a priori"), auch wenn wir sie nicht beweisen können. Am deutlichsten wird dies bei der Idee „Freiheit": Würden wir nicht *voraussetzen*, dass Menschen die Freiheit haben, so oder auch anders zu handeln, wir könnten niemanden wegen eines Verbrechens zur Verantwortung ziehen. Aber *beweisen*, dass es Freiheit „gibt" (und wir nicht in Wahrheit [!] die Automaten unserer Hirnströme sind), das können wir nicht. Wobei Kants Pointe dann darin besteht: Wir können auch nicht beweisen, dass es Freiheit „nicht gibt". So dass man die Frage, ob es Freiheit gibt oder nicht, sehr juristisch „nach Beweislast" (§ 22 Rn. 12–14, 21–22) entscheiden[151] darf: Wir können es nicht wissen, wir müssen es glauben.

Oder nehmen wir Kants zweiten Begriff: „Seele" (altgriechisch *psychê*): Wir können nicht beweisen, dass wir eine haben. Nichtsdestoweniger gehen wir zu einem Psychologen oder Psychiater. Und wir glauben, eine „Persönlichkeit" (so die heutige Psychologie) oder „Identität" zu haben.

74 Wichtig ist nun allerdings, dass man, Kant gemäß, derartige „Ideen" nur **regulativ** verwenden darf, nicht etwa *konstitutiv*. Man darf also nicht etwa aus der „Idee" von Gott – das ist die dritte dieser regulativen Ideen[152] – schließen, dass er wirklich existiert („sonst könnten wir doch gar nicht von ihm sprechen, oder?").[153] Oder aus der „Idee" von Gerechtigkeit, wie man sie konkret und notfalls mit Gewalt zu verwirklichen hat – etwa in Gestalt einer kommunistischen Gesellschaft. Dies ist dann eben „Ideologie".

Kurz: „Rechtliche Richtigkeit", personifiziert im idealen Richter Hercules, ist, ganz ebenso wie „Wahrheit", eine **regulative Idee** im Sinne Kants (mehr dazu unten § 30 III). Oder noch besser: Hercules ist eine Personifikation von Peirce' Konvergenztheorie der Wahrheit.

75 Nebenbei: Hercules ist nicht der einzige Rückgriff Dworkins auf Kant. Auch seine Unterscheidung von „Regeln" und „Prinzipien", die über Robert Alexy (geb. 1945) in die deutsche Grundrechtsdogmatik eingesickert ist (näher dazu unten § 18 Rn. 84–85), findet sich schon in der „Kritik der reinen Vernunft": Der Verstand sei „das Vermögen der Einheit der Erscheinungen vermittelst der *Regeln*", die Vernunft (im engeren Sinn) „das Vermögen der Einheit der Verstandesregeln (!) unter *Prinzipien*".[154]

151 Darauf läuft die Argumentation in der Transzendentalen Dialektik der „Kritik der reinen Vernunft", genauer in der dritten kosmologischen Antinomie, hinaus; siehe *Joachim Lege*, Wie juridisch ist die Vernunft? Kants „Kritik der reinen Vernunft und die richterliche Methode", in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 76 (1990), S. 203–226 (220–224).

152 Kant benennt die drei Ideen übrigens nicht immer einheitlich. Am bekanntesten ist der Dreiklang „Gott, Freiheit, Unsterblichkeit". Man findet aber auch: „Seele" (das denkende Subjekt), „Welt" (Inbegriff aller Erscheinungen), „Wesen aller Wesen".

153 Einen solchen Vernunftgebrauch nennt Kant in der „Kritik der reinen Vernunft" dreist (KrV B 716), faul (B 717) und verkehrt (B 720); zum Kürzel KrV schon Fn. 39.

154 *Kant*, KrV B 359 (Fn. 39).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Erfahrung (Empirie) als Kriterium der Wahrheit (und Peirce' Kategorienlehre)

Wie auch immer: Wenn wir für die Wahrheit (oder Richtigkeit) darauf abstellen, dass am Ende *alle* sie akzeptieren müssten, bleibt ein Problem (wir haben es schon angedeutet): Wie kommt die Realität dazu, uns in unserem „Denken" (*thinking* und *thought*[155]) zu wahren Aussagen „über"[156] eben diese Realität zu führen? 76

Die Antwort ist leicht: Indem sie uns in unserem Handeln, genauer: in den Erwartungen an unser Handeln immer wieder enttäuscht – oder aber auch belohnt. Wenn wir immer weiter nach Westen segeln, fallen wir nicht irgendwann über den Rand der Welt ins Bodenlose, sondern landen in Amerika. Kurz: Die *Erfahrung*, d.h. die Erfüllung oder Enttäuschung von Erwartungen an das, was „da draußen" ist,[157] führt uns letztlich zur Wahrheit.

Peirce hat die Art und Weise, wie Erfahrung uns durch immer neue Überraschungen korrigiert, in einer sehr abstrakten, aber auch sehr schönen Kategorienlehre analysiert.[158] Demgemäß hat alles (alles!) seine ureigene *Qualität*, z.B. eine Rose ein sehr rotes Rot, ein Stein eine gewisse Härte – Peirce nennt dies „Erstheit" (*Firstness*). Diese Firstness trifft, in einem **outward clash**, auf eine andere Qualität, z.B. die relative Weichheit meines Fußes – diesen Zusammenstoß nennt Peirce „Zweitheit" (*Secondness*) und sieht in ihm die eigentliche, „harte" Realität. Allerdings sind diese ersten beiden Kategorien noch völlig irrational. Rational wird es erst, wenn aus dem Aufeinandertreffen etwas Drittes entsteht, nämlich die Repräsentation dieses Aufeinandertreffens in einem Zeichen, hier: einem Schmerz (auf meiner Seite; ob der Stein etwas empfindet, wissen wir nicht). Dies nennt Peirce „Drittheit" (*Thirdness*). 77

An dieser Stelle passt ein kleiner Rückblick auf die These, dass Wertungen erste Prädikate sind. Peirce sagt: „Aber es gibt kein Gefühl, das nicht auch eine Repräsentation ist, ein Prädikat von etwas, das bestimmt ist durch die Gefühle, die ihm vorausgehen"[159] – in unserem Fall: durch ein zuvor noch vorhandenes körperliches Wohlbefinden.

Wichtig ist nun: *Wirklich* rational und „vernünftig" sind Erfahrungen erst dann, wenn sie sich nicht nur mit Drittheiten beschäftigen, auch nicht nur mit Erstheiten wie den Gefühlen und Bedeutungen, die wir schon kennen und die wir vielleicht sogar, sagen wir: in einer „Internet-Blase", mit Gleichgesinnten teilen. *Wirklich* rational wird es nur, wenn wir uns immer wieder dem *outward clash* (Zweitheit) mit anderen Erstheiten aussetzen. Nur diese *Secondness* schafft den nötigen Realitätsbezug. 78

Wie auch immer: Im Begriff der *Wahrheit* ist letztlich enthalten – als praktische Konsequenz[160] –, dass es eine äußere Realität gibt, die uns korrigieren oder bestätigen 79

155 *Thinking* ist der Prozess des Denkens als Aktivität, *thought* ist der Gedanke als Produkt, vgl. *Lege*, Pragmatismus (Fn. 18), S. 161 und öfter.

156 Zu diesem „über" oben II Rn. 42.

157 Das „da draußen" kann übrigens auch ich selbst sein. Es kann mich überraschen, wenn ich plötzlich merke: Hoppla, das kann ich ja doch!

158 Darstellung bei *Lege*, Pragmatismus (Fn. 18), S. 243–262 mit der Interpretation: „ein normativer Begriff von Erfahrung".

159 *Charles Sanders Peirce*, Some Consequences of Four Incapacities (1868), in: CP 5.292 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 292.

160 Zur pragmatischen Maxime oben I Rn. 14–16.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kann. Eben deshalb kann denn auch ein Konsens allein – auch ein nur hypothetischer Konsens in ferner Zukunft! – nicht das *Kriterium* der Wahrheit sein. Dies dürfte in den empirischen Wissenschaften („Naturwissenschaften") Konsens sein (Zwinkersmiley).

80 Stattdessen gilt, weitgehend unbestritten, der sogenannte Falsifikationismus: Wir können niemals sicher sein, die Wahrheit erreicht zu haben, vielmehr befinden wir uns immer nur auf dem gegenwärtigen Stand unseres Irrtums. Die generelle Aussage „Alle Schwäne sind weiß" wird widerlegt (falsifiziert), wenn uns ein schwarzer Schwan begegnet.

Aber vielleicht ist ja die partikulare Aussage: „Dieser Schwan ist schwarz" falsch? Und in Wahrheit ist es gar kein Schwan, sondern eine ganz neue Gattung?[161] Ganz so einfach ist es mit dem Falsifizieren also nicht! Wir werden im Rahmen der Syllogistik („Geflecht von Schlussfolgerungen") darauf zurückkommen (§ 6).

Klassiker eines solchen Falsifikationismus ist der sich selbst so bezeichnende Kritische Rationalismus des gelernten Physikers Karl Raimund Popper (1902–1994) – Hauptwerk: „Logik der Forschung" (1932) – und des gelernten Ökonomen Hans Albert (1921–2023)[162]; in der Rechtsphilosophie folgen ihm vor allem Reinhold Zippelius (geb. 1928) und Klaus Adomeit (1935–2019).[163]

e) Konsens als Kriterium normativer (moralischer, rechtlicher) Richtigkeit?

81 Wie verhält es sich nun aber in den normativen Wissenschaften? Vorausgesetzt, dass man dort *überhaupt* von z.B. ethischer oder rechtlicher Richtigkeit sprechen kann (wir tun dies) – wie soll dann dort eine äußere Realität aussehen, die uns korrigiert? Kann man zum Beispiel sagen, dass die Todesstrafe zu allen Zeiten und überall[164] objektiv „richtig" oder „falsch" ist? Bleibt das nicht immer eine Frage „bloßen Meinens" (statt Wissens)? So dass wir im Bereich des Normativen gar kein anderes Kriterium für Richtigkeit haben als einen Konsens? Aber wie ist es dann mit den ganz Dummen, die es immer gibt? Dürfen wir deren Meinung vernachlässigen? Und nur auf den Konsens der Vernünftigen abstellen (so Aristoteles in seiner „Topik"[165])? Oder in der Demokratie, *faute de mieux*,[166] auf die Meinung der Mehrheit?

82 Es dürfte auf der Hand liegen: Im Bereich des Normativen kann es für die *Richtigkeit* einer Meinung noch weniger auf den Konsens ankommen als im Bereich der (deskriptiven) Wahrheit. Die Mehrheit kann irren, schwer irren sogar. Und wenn man so will, beruht jeder Fortschritt in der Ethik oder im Recht geradezu darauf, dass alte Konsense, z.B. bei der Sprachverwendung (generisches Maskulinum!), durch neue Erkenntnisse über den Haufen geworfen werden.

Erkenntnisse? Wirklich neue Erkenntnisse? Oder nur neue Machtverhältnisse?

---

161 Beispielsweise hat man die Sperlinge lange Zeit für eine Art der Finken gehalten. Mittlerweile bilden sie neben den Finken eine eigene Familie, einige Arten gehören auch zu den Webervögeln.

162 Bekanntestes Werk: *Albert*, Kritische Vernunft (Fn. 84).

163 Zu ihnen bereits § 1 Rn. 24 und 26.

164 Zur historischen Relativität der Todesstrafe und weiterer harter Strafen eindrücklich *Gertrude Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts. Über Härte, Milde und Fortschritt im Recht, Basel 2017.

165 Siehe das Zitat oben § 2 am Ende (Rn. 36).

166 *Reinhold Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996, S. 66, 129–144 (135), 291.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wie auch immer, es muss auch im Bereich der normativen Aussagen gelten: Der Konsens *folgt* der Richtigkeit, er ist nicht ihr Kriterium. Man darf auch hier nicht von der Folge auf die Ursache, vom Konsens auf Richtigkeit schließen (zu diesem logischen Fehler bei Habermas schon oben Rn. 70). Vielmehr gilt: Wenn wir zu etwas zustimmen, wenn wir konsentieren sollen – und nicht bloß gehorchen (gar vorauseilend gehorchen) –, dann wollen wir davon *überzeugt* werden, dass es so und nicht anders *sachlich richtig* ist. Zum Beispiel das Gendersternchen verwenden oder auch nicht (dies sollte uns „freigestellt" sein, s.o. Rn. 63).

83 Die Konsequenz ist dann freilich auch, dass es in der Demokratie gerade nicht um „Richtigkeit" geht. Dass wir *idealerweise* (oben Rn. 71) allesamt dem wirklich Vernünftigen zustimmen *würden* – bei Rousseau: in einer *volonté générale*[167] –, ist auch hier die *Folge* der Vernünftigkeit einer Problemlösung. Weil wir diesen idealen Konsens aber, wie die Erfahrung zeigt, niemals erreichen, müssen wir auf die Mehrheit abstellen – aber nicht aus Gründen der Richtigkeit, sondern aus Gründen der *Macht*: Demokratie ist geradezu ein „Ersatz für Wahrheit"[168] (und politisch betrachtet primär Mehrheitsschutz).

Geradezu falsch erscheint mir daher Habermas' Konzept einer „deliberativen Demokratie" (lateinisch *deliberare* = erwägen, überlegen, beratschlagen).[169] Es ist eine Wiederholung seines Versuchs, das Ideal eines „herrschaftsfreien Diskurses" nicht regulativ, sondern konstitutiv zu verwenden: konstitutiv für moralische Richtigkeit.

Ganz ebenso verkehrt ist es, wenn in der Rechtswissenschaft als Kriterium für rechtliche Richtigkeit die „Konsensfähigkeit" einer rechtlichen Problemlösung genannt wird.[170]

84 Was aber kann dann im Bereich des Normativen, insbesondere im Bereich des Rechts, ein Kriterium für *Richtigkeit* sein?

Im Vorgriff (zu §§ 31–34): Die Kriterien rechtlicher und juristischer Richtigkeit findet man in der juristischen Ästhetik – diese freilich nicht verstanden als die Lehre vom Schönen oder Erhabenen, sondern als Lehre vom Gelungenen (und Misslungenen, versteht sich).

---

167 *Jean-Jacques Rousseau*, Du contrat social (1762), Buch II Kapitel 3, 4 und 6; deutsch: Gesellschaftsvertrag, Stuttgart 1977. – *Volonté générale* ist der allgemeine Wille, nicht etwa der Wille aller (*volonté de tous*). Er kann sich daher nur im Hinblick auf „allgemeine Gegenstände" bilden, so dass Einzelfallgesetze kein legitimes Instrument der Demokratie sind (so auch Art. 19 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes).

168 Eine mündliche Formulierung von *Bernd Rüthers*, die ich in seinen Schriften so explizit leider nicht wiedergefunden habe.

169 *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M. 1992, vor allem S. 383–398.

170 So insbesondere *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 18 I 4, 20 I. – Die dahinter stehende Überzeugung von einem „experimentierenden Denken" im Recht vernachlässigt, dass es im Recht keine derart „harte" Realität gibt wie in den Naturwissenschaften, keine Realität, die uns derart eindeutig korrigiert wie ein Stein, der uns auf den Kopf fällt.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7. Übergang: Aussagen als Bestandteile von Schlussfolgerungen

85 Aber schauen wir noch einmal zurück: In jeder Aussage, so hatten wir gesehen, steckt immer schon „mehr drin", als sie explizit sagt, zum Beispiel die Verneinung ihres Gegenteils (oben unter 5). Dies führt dann dazu, dass mehrere Aussagen derart zusammengestellt werden können, dass sich aus ihnen ein schlüssiger Gedankengang ergibt, an dessen Ende man geradezu perplex sagt: Klar! Warum habe ich das nicht gleich so gesehen? „Wenn A in B steckt und C steckt in A, dann steckt C auch in B."[171]

Ganz ebenso ist es vielleicht mit der Logik insgesamt. Es gab sie schon immer, ebenso wie die Fallgesetze. Nichtsdestoweniger hat irgendjemand sie erstmals entdecken und formulieren müssen, also etwa Aristoteles (Logik) oder Galilei (Fallgesetze).

> Kant schreibt in der Vorrede zur zweiten Auflage der „Kritik der reinen Vernunft": „Dem ersten, der den gleichschenkligen Triangel [= Dreieck] demonstrierte, er mag nun Thales oder wie man will geheißen haben, dem ging ein Licht auf; (…)".[172]

86 Und es ist wohl gerade eine **ästhetische** Qualität der Logik gewesen, die den „zwanglosen Zwang" besserer Argumente begründete – einen **sachlichen** Zwang, der eine Alternative zu der Möglichkeit bot, sich wegen Streitigkeiten um „Alteigentum" erneut die Köpfe einzuschlagen (zur Geburt der Rhetorik und damit auch der Logik[173] nach dem Ende der Tyrannis in Syrakus oben § 2 Rn. 2–3). Paul Feyerabend hat es einmal so formuliert:

> Es war eine neue Art, Stories zu erzählen, Stories, deren Ablauf als „von innen her geregelt" erscheint.[174]

87 Wir wollen im Folgenden nun diese Art des logischen *storytelling* genauer betrachten. Dabei wollen wir, über die üblichen Darstellungen der Logik hinaus, von der Überzeugung ausgehen: „Die" Logik ist nicht etwa nur dazu da, Ergebnisse zu *begründen* – Ergebnisse, die man zuvor auf anderen Wegen „außerhalb der Logik" gefunden hat (so wie die h.M. in der juristischen Methodenlehre es sieht, § 3 Rn. 1, 15, 18, 20). Sondern die Logik ist auch schon aktiv, wenn es darum geht, Problemlösungen zu *finden* – teils vermutend, teils kreativ (siehe schon § 3 Rn. 21, 28, 32).

> Im Juristischen findet man diese Unterscheidung von Erfindungszusammenhang (auch: Entdeckungszusammenhang, *context of discovery*) und Begründungszusammenhang (auch: Rechtfertigungszussammenhang, *context of justification*)[175] geradezu stilisiert[176] in der Dichotomie von Gutachtenstil und Urteilsstil. Der Gutachtenstil

171 *Aristoteles*, Zweite Analytik I 3 (72b37), Ausgabe: Organon Band 3/4, griechisch-deutsch, Hamburg 1998.

172 *Kant*, KrV B XI f. (Fn. 39).

173 Genauer müsste man sagen: der Logik in ihrer europäischen griechisch-römischen Tradition. Andere Kulturen haben natürlich ebenfalls ihre Lehren von dem, was wir Logik nennen.

174 *Paul Feyerabend*, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984, S. 62 f.

175 Zu dieser in der Wissenschaftstheorie gut etablierten Unterscheidung umfassend *Jutta Schickore*, Artikel „Scientific Discovery", in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2022, unter (5), https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/scientific-discovery/ <15.11.2023>; siehe auch *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2020, Rn. 12 f., mit der weiteren Formel von „Herstellung und Darstellung" einer Entscheidung.

176 „Stil" ist eine ästhetische Kategorie, dies bestätigt einmal mehr die Thesen der NJML. Genaueres zum Thema Stil: *Lege*, Pragmatismus (Fn. 18), S. 334 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beginnt mit der Frage, und er endet nach mehr oder weniger aufwendiger Begründung mit dem Ergebnis. Der Urteilsstil beginnt mit dem Ergebnis, und es folgt die scheinbar fraglose Begründung – eingebettet in logische Schlussfolgerungen.

III. Das Potential von Schlussfolgerungen: Begründung

Wir hatten soeben unter II 5 gesehen: Eine Aussage steht nie für sich allein, sondern aus einer Aussage *folgt* – immer schon – auch etwas für andere Aussagen. 88

Aus dem wahren Satz „Alle Hühner sind grün" folgt zum Beispiel: Auch der Satz „Einige Hühner sind grün" ist wahr, bis hin zu dem Einzelfall „Das Huhn Ginger ist grün". Es folgt daraus ferner: „Der Satz ‚Einige Hühner (einschließlich Ginger[177]) sind rot (= nicht-grün)' ist falsch.

Aber WARUM kann aus dem einen Satz etwas für einen anderen folgen? Es liegt daran, dass auch das Schlussfolgern von Voraussetzungen lebt, die es nicht selbst liefern kann, sondern die ihm vor-gegeben sind (1) und ohne die es logische Begründungen nicht gäbe (2).

1. Die drei logischen Grundsätze („Axiome")

Diese Voraussetzungen sind die sogenannten „logischen Grundsätze" (oder auch „logischen Axiome") – gelegentlich werden sie auch als die „obersten Denkgesetze" bezeichnet.[178] Von ihnen gibt es drei (vielleicht auch vier[179]). Sie lauten (wir knüpfen an unser Beispiel an): 89

- (1) der Satz der Identität (oder auch: A = A)	Ein Huhn ist ein Huhn; grün ist grün.
- (2) der Satz vom Widerspruch (A = nicht Non-A)	grün ist nicht nicht-grün
- (3) der Satz vom ausgeschlossenen Dritten (lateinisch: *tertium non datur*)	grün oder nicht-grün! Rot ist keine weitere Option

Erst wenn man all dies *voraussetzt*, ist die folgende *Schlussfolgerung* „schlüssig".

Der Satz „Einige Hühner, zumindest das Huhn Ginger, sind rot" ist falsch, wenn und weil der Satz „Alle Hühner sind grün" wahr ist.

Man kann auch sagen: Erst unter diesen Voraussetzungen hat sie einen tragfähigen Grund. 90

Nebenbei: Im englischen Wort *reasoning* für „schlussfolgern" kommt dieser Bezug auf einen „Grund" (*reason*) und damit eine Begründung sehr schön zum Ausdruck.

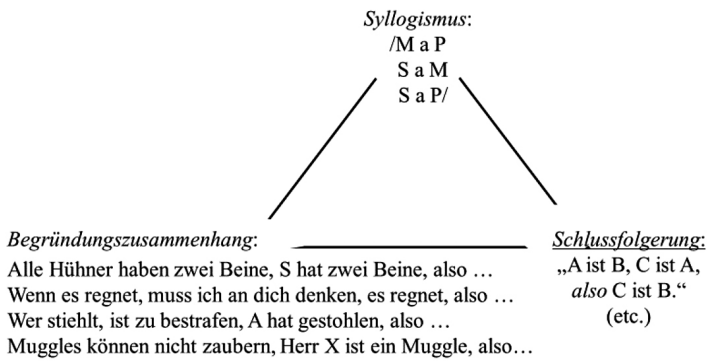
177 Ginger ist die Hauptfigur in dem englischen Knet-Animationsfilm „Chicken Run" von 2000.
178 *Schneider/Schnapp*, Logik (Fn. 132), S. 87–99.
179 Hinzu kommt dann der Satz vom zureichenden Grund, dazu ebendort S. 95–99.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. „Schlussfolgerung" und „Syllogismus" (und das semiotische Dreieck)

91 Was aber „ist" dann eigentlich eine Schlussfolgerung? Es mag etwas überraschen, aber auch Schlussfolgerungen lassen sich semiotisch (zeichentheoretisch) deuten. Und zwar dergestalt, dass ihr pragmatistisch-logisches „Wesen" in die Definition mit einbezogen wird:

Eine Schlussfolgerung ist die **Bedeutung** eines Syllogismus (er ist das Zeichen[180]) im Hinblick auf einen *Begründungszusammenhang*.



92 Wir gehen also davon aus, dass auch und gerade Syllogismen auf etwas Äußeres verweisen – mag dies nun die „wirkliche Wirklichkeit" sein, und hier eine Tatsache oder eine Norm, oder auch eine Welt der *fiction* – sagen wir: die Welt des Harry Potter.

Wir haben dies oben einen SINNZUSAMMENHANG genannt (Rn. 40-43), und wir werden noch sehen, dass die *formale* Gültigkeit der Logik (genauer: der deduktiven Logik) sich nur mit Bezug auf diesen *materialen* Zusammenhang begründen (!) lässt (unten § 6 Rn. 28–31) – wenn man denn mit dem Verweis auf Evidenz nicht völlig glücklich ist.[181]

3. Syllogismen als Kombination dreier Sätze (zwei Prämissen, eine Konklusion)

93 Aber kommen wir nun zur sozusagen technischen Seite des Schlussfolgerns: zu den Syllogismen. Sie bestehen aus mindestens drei Sätzen. Ein Satz oder zwei Sätze allein reichen für eine tragfähige Begründung nicht aus.

Der Satz „Ich bin schließlich der Mann" reicht nicht aus, um ein Privileg zu begründen, das Privileg muss vielmehr aus einem anderen Satz folgen, z.B. aus dem alten

180 Einzelheiten siehe Fn. 18.

181 Siehe auch *Peirce*, Some Consequences, in: CP 5.341 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 49: „Die Schwierigkeit zu zeigen, inwiefern das Gesetz des deduktiven Schlussfolgerns gültig ist, beruht auf unserer Unfähigkeit, uns vorzustellen, es sei nicht gültig."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 1626 BGB von 1900, gemäß dem der Vater in Sachen Kindererziehung das letzte Wort hatte.[182]

Ebenso reichen die beiden Sätze: „Der Embryo ist Träger der Menschenwürde" und „Deshalb darf der Embryo nicht einer PID (Präimplantationsdiagnostik) unterzogen werden" als tragfähige Begründung nicht aus. Man muss vielmehr klarstellen, was aus der Menschenwürde praktisch folgt oder genauer folgen soll (s.o. Rn. 3–5), zum Beispiel: „Die Menschenwürde verbietet es, ein menschliches Wesen zu einem bloßen ‚Mittel zum Zweck', zu einem bloßen Objekt zu machen."[183]

Und dann muss man natürlich noch begründen, warum die PID eine derartige „Herabwürdigung" zu einem bloßen Mittel ist.

Wenn diese mindestens drei Sätze nun logisch-folgerichtig aufeinander bezogen sind, nennt man das Ganze einen **Syllogismus**. Dabei bezeichnet man die beiden ersten Sätze als *Prämissen* (wörtlich: die Vorausgeschickten) und den dritten Satz als die *Konklusion* (lateinisch *conclusio*, wörtlich: Zusammenschluss). Zum Beispiel: 94

Prämisse 1: Alle Hühner sind grün.
Prämisse 2: Ginger ist ein Huhn.
Konklusion: Ginger ist grün.

Oder auch:

Prämisse 1: Alle Hühner sind grün.
Prämisse 2: Ginger ist ein Huhn.
Konklusion: Ginger ist nicht rot (= nicht nicht-grün).

Wenn man sodann bei den Prämissen im ersten Satz eine allgemeine (universelle) Aussage hat und im zweiten Satz einer besondere(re) (partikuläre oder singuläre) Aussage,[184] werden diese Sätze in der klassischen Logik als die *Maior* und die *Minor* bezeichnet (wörtlich „die größere" und „die kleinere"). Zum Beispiel: 95

182 Die Vorschrift lautete: „Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen." Zum Epheser-Brief des Apostels Paulus schon Fn. 56.

183 Dass diese sogenannte „Objektformel" von Kant inspiriert ist, genauer: von der dritten Fassung des kategorischen Imperativs, liegt auf der Hand. – Man sollte sich aber klar machen: Diese Formel ist „nicht wirklich" der autoritative Text (zum Begriff § 14 II), der als Recht gilt, sondern lediglich eine Interpretation dieses Textes. Zudem sollte man sich klarmachen, dass Günter Dürig, als er die Formel im Jahr 1958 formulierte, sich nicht allzu viel dabei gedacht hat: Das Grundgesetz war völlig neu, die Würdeformel erst recht … „was kann ich groß dazu schreiben … muss mir was einfallen lassen …". Dürig hat sicher nicht damit gerechnet, dass man derart viel daraus herausdeduziert: das Verbot der Präimplantationsdiagnostik (h.M., siehe *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber [Fn. 5], Art. 1 GG Rn. 25); das Verbot, ein Passagierflugzeug abzuschießen, das von Terroristen in ein Atomkraftwerk gelenkt wird, so das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 133, 241 – Luftsicherheitsgesetz]2013]); die Art und Weise der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, etwa bei Geldleistungen an Asylbewerber (BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz [2012]).

184 Zu dieser Unterscheidung *Tugendhat/Wolf*, Propädeutik (Fn. 15), S. 79–103.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

praemissa maior: Kein Huhn ist grün.
praemissa minor: Ginger ist grün.
conclusio: Ginger ist kein Huhn.

Oder um endlich ein juristisches Beispiel zu bringen:

praemissa maior: Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist zu bestrafen.
praemissa minor: Täter A hat einen Menschen heimtückisch getötet.
conclusio: Täter A ist zu bestrafen.

4. Kategorische und hypothetische Schlüsse: nur eine Formulierungsfrage

96 Es dürfte aufgefallen sein: Das letzte Beispiel ist anders formuliert als die drei ersten. Macht dies auch einen Unterschied in der Sache?

– (1) Schauen wir zunächst genau hin: Die ersten drei Syllogismen bestehen aus drei Aussagesätzen („A ist B, C ist A, also ist C auch B"). Demgegenüber besteht beim letzten Syllogismus die erste Prämisse schon aus *zwei* Sätzen: einem vorangestellten Konditionalsatz als Nebensatz und einem darauf folgenden Hauptsatz („Wenn … dann …"). Die zweite Prämisse nimmt sodann in einem nächsten Aussagesatz Stellung zu dem, was im Konditionalsatz als Bedingung (Hypothese) in den Raum gestellt wurde. Daraus folgt der dritte Satz, wieder ein einfacher Aussagesatz (hier mit der normativen Aussage „ist … zu bestrafen"[185]). Alles zusammen hat dann diese Form: „Wenn A, dann B; hier A; also auch B".

97 – (2) In der traditionellen Logik nennt man nun die erste Form –

„A ist B, C ist A, also ist C auch B"[186]

einen **kategorischen** Syllogismus (griechisch *kat-ēgoría* bedeutet eigentlich „Anklage, Beschuldigung"; in diesem Kontext kann man es gut mit „Urteil" übersetzen: eben weil der Syllogismus aus drei „bedingungslosen" Urteilen über die Welt besteht).

Die zweite Form –

„Wenn A, dann B; hier A; also auch B"

bezeichnet man hingegen als einen **hypothetischen** Syllogismus, eben weil er in dem Bedingungssatz (Konditionalsatz) eine Hypothese aufstellt; anders gewendet: weil er dort eine *Voraus-setzung* formuliert (griechisch *hypó-thēsis* kann man gut so übersetzen[187]).

98 – (3) Für ein pragmatistisches Logikverständnis – so wie es einer rechtlichen und juristischen Logik zu Grunde zu legen ist – ist nun am wichtigsten: Ob eine Schlussfolgerung in der Form eines hypothetischen oder eines kategorischen Syllogismus **formuliert** wird, macht **praktisch**, also in der objektiven Bedeutung, **keinen Unter-**

185 Siehe oben II Rn. 24–30 (25).
186 Siehe Rn. 85 mit Fn. 171.
187 Das Verb *tithénai* (1. Person Singular Präsens Aktiv: *títhēmi*) bedeutet „legen, setzen, stellen", vergleichbar dem lateinischen *ponere*. Ableitungen davon: Thema, These, Theke; Antithese, Hypothese, Prothese; etc.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schied. Kategorische Schlüsse lassen sich ohne Mühe in hypothetische Schlüsse umformulieren: Die Schlussfolgerung

Prämisse 1: Alle Hühner sind grün.
Prämisse 2: Ginger ist ein Huhn.
Konklusion: Ginger ist grün.

ist *in der Sache* dieselbe wie

Prämisse 1: Wenn etwas ein Huhn ist, ist es grün.
Prämisse 2: Ginger ist ein Huhn.
Konklusion: Ginger ist grün.

Ebenso gilt nun im Rechtlichen oder Juristischen: Die Formulierung 99

Prämisse 1: Wer einen Menschen ermordet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
Prämisse 2: Täter A hat einen Menschen ermordet.
Konklusion: Täter A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

bezeichnet *in der Sache* dasselbe wie die Formulierung

Prämisse 1: Der Mörder ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
Prämisse 2: Täter A ist ein Mörder.
Konklusion: Täter A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Mit anderen Worten: Logisch besehen, besteht **in der Sache** kein Unterschied.

(4) Nicht zu verkennen ist allerdings: Die Formulierungen können einen Unterschied **im Ton** machen[188] – und dies kann auch mehr oder weniger „bewusst und gewollt"[189] sein. 100

Ein wenig rühmliches Beispiel ist die aktuelle Formulierung des § 211 StGB. Sie lautet wörtlich: „Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft." „Der Mörder" – das ist im Ton immer noch die Sprache des Nationalsozialismus mit seiner Vorstellung, dass ein Mensch vor allem danach zu beurteilen ist, was er *ist* (z.B. Jude), und nicht danach, was er *tut* (siehe dazu bereits oben Rn. 12). Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat sich zwar längst von dem sogenannten Täterstrafrecht des Nationalsozialismus verabschiedet, es herrscht unbestritten ein sogenanntes Tatstrafrecht. § 211 StGB lautet aber immer noch so, wie er 1933 umformuliert wurde (damals mit Androhung der Todesstrafe).

5. Die Formeln des Schlussfolgerns („Syllogistik")

Was macht aber nun die genannten Schussfolgerungen so überzeugend? Worauf beruht ihre Kraft der Begründung? Ich beginne mit einem Umweg: 101

188 Vgl. *Kant*, KrV B 772 (Fn. 39): „Das, was hierbei streitig wird, ist nicht die *Sache*, sondern der *Ton*." Kontext: „Die Disziplin der reinen Vernunft in Ansehung ihres polemischen Gebrauchs". – In der ersten Auflage hieß es übrigens noch „strittig" statt „streitig" (was durchaus juristischer klingt!).

189 Für Nichtjuristen: „bewusst und gewollt" ist eine Kurzdefinition des Begriffs „Vorsatz" (im Gegensatz zur Fahrlässigkeit).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Platon oder: Logik als die Mathematik hinter dem Begründen

102 In Platons „Politeía", dem wohl wichtigsten Buch der europäischen Philosophie – meist wird der Titel falsch mit „Der Staat" übersetzt[190] –, in Platons „Politeía" wird sehr ausführlich der Bildungsgang entworfen, den die sogenannten Wächterinnen und Wächter in jungen Jahren zu durchlaufen haben, bevor sie auf die Praxis „losgelassen" werden. Dieser Bildungsgang beginnt mit Arithmetik und Geometrie, und er endet mit Astronomie (!), Musiktheorie (!) und „Dialektik" – was man am besten mit „Logik und Argumentationstheorie" übersetzen sollte. Denn die *Idee*, die hinter diesem Programm steht, ist ganz schlicht: Wir wollen die Welt *rational durchschauen* („Theorie" kommt von *theãn*, das bedeutet „sehen, betrachten") – und „rational" heißt für Platon offensichtlich: „berechenbar" mit mathematischen Formeln (Arithmetik, Geometrie).

Warum dann aber Astronomie und Musiktheorie? Nun, für Platon sind der Sternenhimmel und gute Musik das Schönste, das es in der Natur zu sehen und zu hören gibt (menschliche Schönheit ist ein Kapitel für sich[191]). Eben deshalb interessieren Platon die *Gesetzmäßigkeiten*, die „dahinter" stehen, so wie in der Geometrie die Formeln von Thales oder Pythagoras „hinter" allen Dreiecken stehen. Anders gewendet: Astronomie und Musiktheorie sind die *Mathematik* hinter den Sternen und hinter einem musikalischen Gelingen.

103 Ganz ebenso verhält es sich nun mit der Dialektik, wörtlich: Kunst der sprachlichen Auseinandersetzung (*légein* = reden, sprechen, *diá* = durch, hindurch, mithilfe). Auch diese „Dialektik" enthält offenbar eine Mathematik: die Mathematik hinter dem (sprachlichen) Begründen.

Bereits hier will ich einflechten: Die Jurisprudenz ist demgemäß die Mathematik hinter dem Recht.

b) Die historische Entwicklung der Formeln

104 Im Einzelnen hat man nun die logischen Schlüsse (Schlussfolgerungen, Syllogismen) immer wieder neu auf „Formeln" gebracht – man nennt dies **Syllogistik**. Eine Blütezeit war das Mittelalter, aus dieser Zeit stammen die erwähnten logischen Quadrate (soeben unter II 5). Ohne Übertreibung kann man zudem sagen, dass das bekannteste Werk, die „Summulae logicales" des späteren Papstes[192] Petrus Hispanus (1205–1277), bis heute *state oft the art* sind. (Wir haben das Werk im Kontext der „Logik von Port Royal" bereits erwähnt, s.o. § 1 Rn. 12–13). Das, was man heute unter „formaler Logik" versteht (im Philosophie-Studium ist es Pflichtstoff), ist hingegen erst im 19. Jahrhundert entstanden (zu Gottlob Frege siehe oben I 3) und dabei noch eine Stufe abgehobener, kalkülisierter, „mathematischer" geworden (mehr dazu sogleich unter c bis e).

---

190 In Wahrheit bedeutet *politeía* „Verfassung des Staates" oder gar „gute Verfassung" (mit der *stasioteía* als Gegenbegriff". „Staat" hingegen heißt auf Griechisch bekanntlich *polis* und meint eigentlich nur die griechischen Stadtstaaten, nicht aber große Reiche wie das der Perser oder der Ägypter. – Ein kleines *aggiornamento*: *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

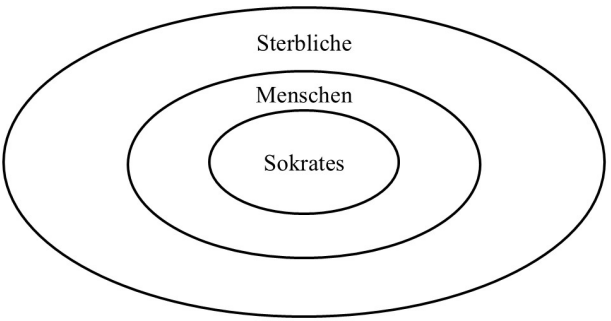
191 Nämlich: Nach dem griechischen Idealbild hatte der vollkommene Mensch *kalós kai agathós* zu sein (Kurzformel *kalós k'agathos*), das heißt ganz wörtlich: „schön und gut". – Für Frauen muss es natürlich *kalḗ k'agathḗ* heißen); der Name Agathe kommt daher.

192 Als Papst nannte er sich Johannes XXI. (1276–1277).

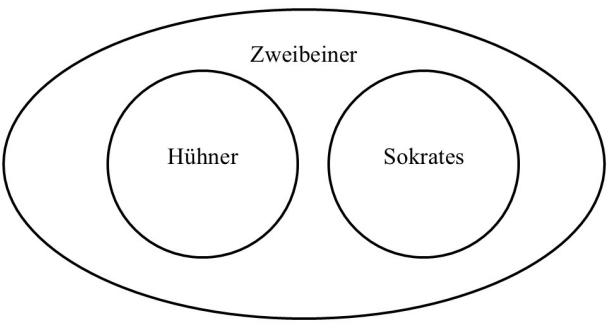
https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Um ein Missverständnis zu beseitigen: Es wäre falsch, den Begriff „formale Logik" auf diese mathematisierte Logik zu beschränken. *Jede* Logik ist formal.[193]

105 Es gibt, nebenbei, nicht nur algebraische Formeln der Logik, sondern auch – und sehr hilfreich, weil der Mensch nun mal ein Augentier ist – geometrische Darstellungen der Logik. Am bekanntesten sind die sog. Euler'schen Kreise und die Venn-Diagramme.[194] Der Schluss: „Alle Menschen (M) sind sterblich (S), Sokrates ist ein Mensch, also ist Sokrates sterblich" würde dann so aussehen:



Hingegen wäre dies die graphische Darstellung von „Alle Hühner haben zwei Beine, Sokrates ist ein Huhn, Sokrates hat zwei Beine, also ist Sokrates ein Huhn":



106 Wir können im Folgenden nun die „juristisch relevanten" und bereits vorgestellten Darstellungsformen der Syllogistik – die kategorischen und die hypothetischen Schlüsse (oben unter 4) – noch etwas genauer unter die Lupe nehmen.

193 *Tugendhat/Wolf*, Propädeutik (Fn. 15), S. 14.

194 Dazu etwa *Wesley C. Salmon*, Logik, Stuttgart 1983, S. 121–140; eingehend auch *Joerden*, Logik (Fn. 132), S. 97–111.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Die kategorischen Schlüsse, insbesondere: *Modus Barbara* und *Modus Darii*

107 Die erwähnten kategorischen Schlüsse (unter 4) knüpfen an die oben präsentierten Aussagequadrate an (s.o. Rn. 62), genauer: an die dort unterschiedenen vier Arten von Sätzen (bejahend, verneinend, teils bejahend, teils verneinend).

In den aus solchen Sätzen gebildeten Syllogismen kann man nun das Subjekt, das Prädikat (genauer: Prädikatsnomen) und den sogenannten Mittelbegriff (dazu sogleich mehr) durch die Großbuchstaben S, P und M ersetzen, außerdem die sogenannte Kopula („alle sind", „keiner ist", „einige sind", „einige sind nicht") durch die Kleinbuchstaben a (wie ***a**ffirmo*), e (wie *n**e**go*), i (wie *aff**i**rmo*) und o (wie *neg**o***).[195] Der Syllogismus

> Alle Menschen sind sterblich.
> Sokrates ist ein Mensch.
> Sokrates ist sterblich.

erhält dann die folgende Formel, sie trägt als Merkwort den Namen *Modus Barbara*:

> M a P
> S a M
> S a P

– „Barbara", weil in allen drei Sätzen als Kopula (man kann auch sagen: als Hilfsverb) ein „alle sind" (= a) fungiert.

108 Aber Achtung: Genau besehen ist die Schlussform, obwohl dies in allen Juristischen Methodenlehren so behauptet wird, gar nicht der Modus Barbara, sondern der Modus Darii, denn im Untersatz und in der Schlussfolgerung haben wir gerade nicht einen universellen, sondern einen partikulären oder gar singulären Satz.[196] Die Formel müsste also ganz korrekt lauten:

> M a P
> S i M
> S i P

Ich entschließe mich schweren Herzens, die gängige Halbwahrheit fortzusetzen, und spreche ebenfalls vom Modus Barbara.

109 Am wichtigsten ist nun: Das, was den Syllogismus sozusagen zusammen-schließt (griechisch *syn* bedeutet „zusammen", wie in Synthese oder Syndikat) ist der sogenannte **Mittelbegriff** „M", auf Latein *terminus medius*. Er kommt in beiden Prämissen vor und setzt sie zueinander dergestalt in Beziehung, dass für das Subjekt und das Prädikat der Konklusion – auf die wir ja hinauswollen! – berechenbar wird, ob deren Aussage „stimmt". Im Fall des Modus Barbara stimmt sie (die Konklusion) offenbar, der Satz ist „richtig".

---

195 Lateinisch *affirmo*: ich bejahe; lateinisch *nego*: ich verneine. Der erste Vokal bezieht sich also jeweils auf die allgemeine (generelle) Aussage, der zweite Vokal auf die partikulare (individuelle) Aussage.

196 *Joerden*, Logik (Fn. 132), S. 295, 319–321 – mit dem juristischen Beispiel „Soldaten sind Mörder".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bei anderen Formeln ist dies nicht der Fall. Nehmen wir den Syllogismus 110

Alle Menschen sind sterblich.
Henoch und Elias sind sterblich.
Henoch und Elias sind Menschen.

oder gar

Alle Hühner haben zwei Beine.
Sokrates hat zwei Beine.
Also ist Sokrates ein Huhn.

Dieser Syllogismus lässt sich auf die Formel bringen (es ist kein gültiger Modus, er hat daher auch keinen dem „Barbara" vergleichbaren Namen):

P a M
S a M
S a P

Offensichtlich „stimmt" in diesem Syllogismus die Konklusion nicht – oder nicht ohne weiteres (dazu sogleich unter III). Henoch und Elias könnten auch Hühner sein – und Sokrates gerade nicht.

Zur Vertiefung: *Modus Barbara* ist nur einer der 64 „Modi" (das ist der Plural von *modus* = die Art und Weise), die Petrus Hispanus in seinen „Summulae logicales" auflistet. Er knüpft dabei an Aristoteles an, insbesondere an dessen Lehre von den „Figuren" des Schlussfolgerns, entwickelt sie aber eigenständig weiter und gibt den Modi dieser Figuren jeweils ein Merkwort, damit man sie gut auswendig lernen kann (und die Buchstaben B, C, D und F wiederum eine eigene Bedeutung haben). Das muss hier nicht vertieft werden, der Skurrilität wegen will ich die Merkwörter aber gern zitieren:[197] 111

Barbara Celarent Darii Ferio Baralipton
Celantes Dabitis Fapesmo Frisesomorum
Cesare Cambestres Festino Baroco Darapti
Felapto Disamis Datisi Bocardo Ferison

Und eine ganz wunderbare „Durchdeklination" aller dieser Modi mit jeweils einem juristischen Beispiel findet sich bei Joerden[198] – etwa: „Alle Raubdelikte sind Diebstähle; Kein Diebstahl ist ein Betrug; Kein Betrug ist ein Raubdelikt."

d) Die hypothetischen Schlüsse I: *Modus ponens*

Was die oben genannten hypothetischen Schlüsse angeht (unter 4), so gibt es kein ähnlich ausgefeiltes System wie bei den kategorischen Schlüssen. Vielleicht deshalb findet man viele Unterschiede in der „Notation" – sowohl bei den verwendeten Kleinbuchstaben („x" und „y" oder, stärker verbreitet, „p" und „q") als auch bei den logischen Symbolen und/oder ihrer Platzierung. Im Folgenden verwende ich die wohl geläufigsten Darstellungen. 112

197 *Petrus Hispanus*, Summulae Logicales/Logische Abhandlungen (ca. 1240), lateinisch-deutsch, München 2006, S. 63.

198 Wohl vollständige Tafel: *Joerden*, Logik (Fn. 132), S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dabei sind die wichtigsten Symbole die folgenden[199] (in Klammern eine umgangssprachliche Umschreibung):

→ das eine nicht ohne das andere („immer wenn … dann")
¬ keines („liegt nicht vor", Negation)
^ beides („und", Konjunktion)

113 Dies vorausgeschickt, lässt sich der folgende Schluss …

Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken.
Es regnet.
Ich muss an dich denken.

… wie folgt algebraisch-formelhaft darstellen:

p → q
p
q

Oder auch in einer einzigen Zeile:

((p → q) ^ p) → q

114 Wie auch immer: Man nennt die Form dieses Schlusses den *Modus ponens* (genauer *Modus ponendo ponens*, übersetzt in etwa: der Modus, in dem „das in die Formel einzusetzende" [lateinisch *ponendo*], nämlich „p", wirklich eingesetzt wird [lateinisch *ponens*]).

Und es liegt auf der Hand, dass dies der alltägliche Schluss ist, mit dem Juristinnen und Juristen von einem Tatbestand (im Wenn-Satz) auf die Rechtsfolge (im Hauptsatz) schließen:

Wenn jemand einen Menschen ermordet, ist er mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
Täter A hat einen Menschen ermordet.
Täter A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Dies wird dann auch von Juristen gern auf Formeln gebracht,[200] auch wenn diese gegenüber der fachphilosophischen Logik ein wenig *home grown* wirken (TB steht für Tatbestand, RF für Rechtsfolge):

Wenn TB, dann RF.
Hier TB (+).
Also RF (+).

e) Eine nötige Korrektur für den Bereich der Jurisprudenz: „wenn" als Bikonditional

115 Wenn man das Beispiel weiterdenkt, sieht man freilich sofort, dass die **juristische** Logik gegenüber der fachphilosophischen Logik eine kleine **Korrektur** anbringen muss. Wenn der Syllogismus nämlich lautet:

199 *Joerden*, Logik (Fn. 132), S. 291.
200 So etwa von *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 94), S. 271–273.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn jemand einen Menschen ermordet, ist er mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
Täter A hat den B *nicht* ermordet.
Täter A ist *nicht* mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

dann ist dieser Schluss seiner Form nach *nicht* zwingend, wie folgender Schluss zeigt:

Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken.
Es regnet *nicht.*
Ich muss *nicht* an dich denken.

Oh doch! Sehr oft auch dann, wenn es nicht regnet!

Daraus folgt: Der für Juristinnen und Juristen so wichtige Syllogismus, in dem ein Tatbestand verneint wird, so dass die Rechtsfolge wegfällt („kein Mord, keine lebenslang", siehe § 3 Rn. 6–7) – ein Schluss, der sich mit der Formel beschreiben lässt: 116

Wenn TB, dann RF.
Hier TB (-).
Also RF (-)

– dieser Schluss ist nur dann gültig, wenn man das „Wenn" *anders interpretiert*, nämlich nicht als ein „immer wenn", sondern als ein „immer und nur wenn" (sogenanntes Bikonditional statt eines einfachen Konditionals):

Immer, aber auch *nur* bei Vorliegen des Tatbestandes soll die in diesem Rechtssatz vorgeschriebene Rechtsfolge eintreten.

Wenn man so will, kann man hier einen gewissen Vorrang der Interpretation vor der Mathematik beobachten.[201]

f) Die hypothetischen Schlüsse II: Vorsicht mit dem *Modus tollens* im Recht!

Mit einer gewissen Warnung ist schließlich der sogenannte *Modus tollens* zu versehen (genauer *Modus tollendo tollens*, weil in ihm das „aufzuhebende" [lateinisch *tollendo*], also zu verneinende, nämlich „q", wirklich „aufgehoben wird" [*tollens*]): 117

Immer wenn es geregnet hat, ist die Straße nass.
Die Straße ist nicht nass.
Es hat nicht geregnet.

Als Formel formuliert:

$p \rightarrow \neg q$
$\neg q$
$\neg p$-

Oder auch:

$((p \rightarrow q) \wedge \neg q) \rightarrow \neg p$

Dieser Schluss ist in der fachphilosophischen Logik zwingend. Im Juristischen wäre er hingegen durchaus dubios, wie das folgende Beispiel zeigt (wir hatten den Fall schon in § 3 Rn. 16 vorgestellt: A dreht den Gashahn auf, um Frau und Tochter zu ersticken): 118

201 Platon würde, in seiner Ironie, wohl nichts dagegen haben.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wer einen Menschen ermordet, soll mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden.
Täter A sollte *nicht* mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden.
Also hat Täter A den B *nicht* ermordet.

Wenn TB, dann RF.
Hier RF (-).
Also TB (-)

119 Dubios, denn: Wenn man davon ausgeht, dass der Richter an das Recht gebunden ist, dann ist der Schluss vom Verneinen der Rechtsfolge auf das Nicht-Vorliegen des Tatbestandes zumindest nahe an der Rechtsbeugung (und damit gemäß § 339 StGB selbst strafbar).

Und doch *haben* wir bereits gesehen, dass auf genau diese Art und Weise auch im Juristischen wenn nicht ganz alltäglich, so doch häufig genug geschlussfolgert wird (oben § 3 Rn. 36–40). Man schließt vom Nicht-Wollen eines Ergebnisses auf das Nicht-Vorliegen-Dürfen der Voraussetzungen – und überlegt sich dann unter Umständen etwas anderes:

Täter A hat den B nicht *ermordet*. Es ist nur *Totschlag*.

Und für Totschlag (§ 212 StGB) gilt dann ein milderer Strafrahmen: Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.

IV. Das Zusammenspiel von Begriff, Urteil und Schluss

120 Ich denke, es wird an dieser Stelle ganz unvermutet, „zwanglos" und schlagartig erneut deutlich: Ein *Begriff* – z.B. der Begriff „Mord" – ist alles, was aus ihm folgt (s.o. Rn. 14), und zwar schlussfolgernd (*by reasoning*) aus ihm folgt.

Es hat sich zudem wohl gezeigt: Die logische Trias von „Begriff", „Aussage" (Urteil) und Syllogismus („Schluss") hängt untrennbar miteinander zusammen, man ist versucht zu sagen: Sie bezeichnet verschiedene Aggregatzustände von Erkenntnis. Oder wie Habermas es einmal, übrigens in seiner Peirce-Interpretation, sehr gelungen formuliert hat:

„Begriffe und Urteile können ebenso in Schlüssen expliziert wie Schlüsse zu Urteilen [besser wäre: Aussagen, J.L.] und Begriffen kondensiert werden."[202]

Dies ist der sozusagen erste Teil dessen, was ich „working logic" nenne.

121 Wichtig für die juristische Methode ist nun freilich zweierlei: Zum einen funktioniert diese „working logic" auch (und ohne besondere „Kluft"-Probleme) dort, wo Werturteile (= normative Aussagen) verarbeitet werden müssen.

Zum anderen und darüber hinaus lüftet die „working logic" aber auch das Geheimnis um den „Erfindungszusammenhang", der so häufig dem „Begründungszusammenhang" entgegengesetzt wird. Auch dort walten keine geheimnisvollen, „kreativen" Mächte, sondern Logik, Logik, Logik".

Dies zu entfalten, ist Aufgabe des nun folgenden § 6.

202 *Jürgen Habermas*, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 155.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 6 Eine neue Syllogistik: Deduktion, Induktion und Abduktion

Vorwarnung: Die ersten beiden Abschnitte dieses Paragraphen „eiern" ein bisschen – vornehmer gesagt: sie mäandrieren in vielfachen Windungen. In Abschnitt III läuft es dann wieder stringent und rund.

Wir müssen mit einer terminologischen, aber auch sachlichen Vorbemerkung beginnen: Die Syllogistik, die im Folgenden vorgestellt wird, deckt sich nicht mit der „herrschenden Meinung (h.M.)" in der akademischen Philosophie („Fachphilosophie"). Zum einen wird unsere neue Syllogistik den Begriff „Induktion" präziser fassen und dabei zwei Erscheinungsformen unterscheiden. Zum anderen wird sie eine dritte Form des Schlussfolgerns einführen: die „Abduktion". Wir haben diese drei Formen des Schlussfolgerns in § 3 Rn. 22-27 bereits grob skizziert und wie folgt charakterisiert: zwingende Schlüsse (Deduktionen), vermutende Schlüsse (Induktionen) und kreative Schlüsse (Abduktionen). Gemeinsam ergeben sie die „working logic", die unser Denken von den ersten Wahrnehmungen und Wertungen bis hin zum abschließenden Handeln führt. 1

Charles Sanders Peirce (1839-1914) hat seine berühmten Lectures on Pragmatism (1903) mit dem folgenden Satz beschlossen: 2

„The elements of every concept enter into logical thought at the gate of perception and make their exit at the gate of purposive action; and whatever cannot show its passport at both those two gates is to be arrested as unauthorized by reason."[1]

Sehr frei interpretiert[2] (wörtlicher oben § 5 Rn. 36):

„Die Bestandteile jedes Begriffs betreten den Bereich des logischen Denkens durch das Tor der Wahrnehmung [auch: der Wertung, J.L.], und sie verlassen ihn durch das Tor eines zumindest potentiell regelhaften[3] Handelns. Und was auch immer an diesen beiden Toren keine Substanz vorweisen kann [einigermaßen seriöse Daten, einigermaßen plausible Gründe], ist zu verhaften, weil es sich nicht auf die Vernunft als seinen Urheber (*author*) berufen kann."

Zum „zumindest potentiell regelhaften Handeln" ergänzend: Eine Überzeugung (*belief*) und die darauf beruhende *Entscheidung* – also das, was letztlich Kerngeschäft der Jurisprudenz ist – trägt in sich „den Keim zur Verallgemeinerung"[4]. 3

1 *Charles Sanders Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903), in: CP 5.212 (Collected Papers, Cambridge/Massachusetts 1931-1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 212); deutsch in: Karl-Otto Apel (Hrsg.), Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 420. – Die von Elisabeth Walther herausgegebene zweisprachige Ausgabe der „Lectures" (Hamburg 1973) unterschlägt das „be" bei „to be arrested".

2 Ich nehme dabei implizit Bezug auf § 5 I Rn. 14-17, 18-21 (Pragmatische Maxime; Begriffe als Knotenpunkte), auf § 5 II Rn. 31-39 (Werturteile) und auf § 5 II Rn. 76-78 (Peirce' Kategorienlehre, insbesondere die Kategorien der Erstheit und Zweitheit).

3 Dies ist die größte Übersetzungsfreiheit, denn „purposive" bedeutet „zweckhaft". Weil aber die Unterscheidung von Konditionalprogrammen und Zweckprogrammen für das Verständnis des Rechts wesentlich ist und das Zweckprogramm dem Recht ferner liegt, wird hier diese Übersetzung bevorzugt.

4 *Charles Sanders Peirce*, The Architecture of Theories (1891) in: CP 6.33 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 285; dazu bereits *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 272, 379 f., 480 (dort mit Hinweis auf den Gleichheitssatz)

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Als Jurist denkt man natürlich sogleich an den Gleichheitssatz und speziell an die sogenannte Selbstbindung der Verwaltung („das haben wir schon immer so gemacht").[5]

I. Deduktionen oder: Formal zwingende Schlüsse

4 Mit ein wenig Übertreibung kann man sagen: Das Schwierige am Begriff der Deduktion ist nicht so sehr die Deduktion selbst, sondern ihr Gegenbegriff. In der Fachphilosophie wird für ihr Gegenwesen[6] meist der Begriff „Induktion" verwendet (dazu unter 1). Wir werden allerdings sehen (unter 2), dass eine Gegenüberstellung von „deduktiven" und „nicht-deduktiven Schlüssen" fruchtbarer ist.

1. Die gängige Unterscheidung: Deduktion versus Induktion

a) Schlüsse vom Allgemeinen auf das Besondere (und umgekehrt)

5 Nach der gröbsten Definition sind Deduktionen Schlüsse vom Allgemeinen auf das Besondere.[7] Berühmtestes Beispiel (wir haben es schon oft genannt):

Allgemeines: Alle Menschen sind sterblich.
Besonderes: Sokrates ist ein Mensch.
Schlussfolgerung: Also ist Sokrates sterblich.

Demgegenüber folgern Induktionen vom Besonderen auf das Allgemeine[8]:

Besonderes 1: Sokrates ist ein Mensch und hat zwei Beine.
Besonderes 2: Xanthippe ist ein Mensch und hat zwei Beine.
Allgemeines: Alle Menschen haben zwei Beine.

6 Diese Definitionen sind allerdings recht ungenau, und sie lassen vor allem im Dunklen, wie denn die Zubereitung der Prämissen[9] funktioniert. Wie kommt man insbesondere

---

5 *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 23 und § 24 Rn. 27 (etwas versteckt); *Wilfried Erbguth/Annette Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Baden-Baden 2023, § 14 Rn. 47 (deutlicher, auch mit Hinweis auf den Satz „keine Gleichheit im Unrecht", etwa beim Vorgehen gegen Schwarzbauten).

6 Treffender Terminus von *Alexander Hollerbach*, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63-76 (66): erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc., 1996, 42-55. – Der Kontext lautet: Das ethische Gegenwesen zur Gerechtigkeit sei „natürlich die Ungerechtigkeit, aber vielleicht *noch mehr*, zumindest in gleicher Weise, die Selbstgerechtigkeit, die sich jeder kritischen Frage enthoben glaubt oder die wähnt, man könne Gerechtigkeit als fix und fertigen Besitz haben (Hervorhebung J.L.)."

7 Besser wäre, ganz nebenbei, diese Formulierung: Schlüsse *vom* Allgemeinen (Mensch) *über* das Besondere (Sokrates) *auf* das Konkrete (*seine* Sterblichkeit). – Zum Schwurbelbegriff „Konkretisierung" s.u. § 15c I.

8 Mit dieser Definition arbeitet z.B. *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 598.

9 Als Prämissen (wörtlich: die Vorausgeschickten) bezeichnet man die ersten beide Sätze des Syllogismus, der dritte Satz (hier: unter dem Strich) ist die Konklusion (wörtlich: Zusammenschluss); siehe schon § 5 III Rn. 93-95.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

innerhalb des ersten Schlusses zu der Subsumtion „Sokrates ist ein Mensch"? Was lässt uns *erkennen*, dass Sokrates „ein Fall" der Sorte Mensch ist?

Kant vertraut insofern auf eine etwas mysteriöse Urteilskraft, diese definiert als „das Besondere als enthalten im Allgemeinen zu denken"[10] – für Juristen: den besonderen Fall XY als einen Fall von, sagen wir, Diebstahl oder Mord.

Dasselbe gilt in der Gegenrichtung: Wie komme ich dazu, in viele Besonderheiten ein Allgemeines hinein-zu-„denken", sagen wir: in die Fälle von Frau X und Herrn Y und Embryo E das Universale „Mensch" (s.o. § 5 Rn. 9)? Oder in die Fälle von Kauf, Miete, Ehe[11] oder gar Staat[12] den Begriff „Vertrag"? Auch hier waltet für Kant eine Urteilskraft, eine „verborgene Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele".[13]

Und im ersten Fall – dem Fall der Individualisierung – bezeichnet Kant die Urteilskraft als „bestimmende", im zweiten Fall – dem der Generalisierung – als „reflektierende" Urteilskraft.[14]

Mir persönlich ist die Rede von „Urteilskraft" eine allzu aktivistische, meinetwegen auch: selbstherrliche Mystifizierung des nicht-deduktiven Schlussfolgerns (unten Abschnitte II und III). Denn in Wahrheit – aber vielleicht ist das nur eine Gegenmystik – ist die Logik gar nicht so sehr *unser* Werkzeug, wie *wir* das Werkzeug der Logik sind (siehe schon § 3 Rn. 34). – Wir werden auf die Urteilskraft noch einmal zurückkommen im Rahmen der Ästhetik (§ 31 Rn. 34-43, 51).

b) „Wahre" und „wahrscheinliche" Schlussfolgerungen

Einen Schritt weiter geht eine Definition, die auf das abstellt, was man mit Hilfe eines Syllogismus erreichen kann: Wahrheit (*truth*) oder nur „Wahrscheinlichkeit" (*probability*). Gemäß dieser Definition gilt: *Deduktionen* liefern, wenn der Schluss „gültig" ist[15] und die beiden Prämissen *wahr* sind, stets ein *wahres* Ergebnis: 7

Prämisse 1 (maior): Alle Hühner sind grün.
Prämisse 2 (minor): Ginger ist ein Huhn.
Konklusion (conclusio): Ginger ist grün.[16]

10 *Immanuel Kant*, KdU B XXV f. (Kritik der Urteilskraft, 2. Aufl., Berlin 1793, S. XXV f.; „A" wäre die erste Auflage), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band X, Frankfurt a.M. 1974.

11 So das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und übrigens auch Immanuel Kant. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 75 Anm., § 161, in: Werke, Band 7, Frankfurt a.M. 1986, hat es hingegen vehement bestritten: Die Ehe ist eine vernünftige Institution, sie ist mehr, als man mit zwei übereinstimmenden Willenserklärungen (= Vertrag) in die Welt setzt; nämlich: *der* rechtlich gesicherte Freiraum für die Liebe. Warum auch sonst hätten sich so viele die „Ehe für alle" gewünscht?

12 Auch hiergegen *Hegel*, Rechtsphilosophie (Fn. 11), § 75 Anm.

13 So die Formulierung in der Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 180 f. (Kürzel: KrV B 180 f.); zitiert nach der Studienausgabe, Stuttgart 1985.

14 *Kant*, KdU (Fn. 10), S. XXV f.

15 So die auch in der Fachphilosophie gängige Bezeichnung.

16 Ginger ist die Hauptfigur in dem englischen Knet-Animationsfilm „Chicken Run" von 2000.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ist eine der Prämissen materiell falsch (wie in unserem Beispiel[17]) ändert dies nichts an der, wie ich es nennen will, *Deduktivität* oder *Zwingendheit* des Schlusses (hier im Modus Barbara[18]). Eben deshalb ist dann auch die Konklusion falsch.[19]

8 Demgegenüber liefern *Induktionen* keine wahren, sondern nur wahrscheinliche Ergebnisse: Auch wenn die beiden Prämissen wahr sind, ist die Konklusion dies nicht zwangsläufig:

Prämisse 1 (minor): Alle Hühner haben zwei Beine.
Prämisse 2 (maior): Sokrates hat zwei Beine.
Konklusion (conclusio): Also ist Sokrates ein Huhn.

Allerdings *kann* – das ist das eigentlich Wichtige – die Konklusion trotz dieser nicht gültigen *Form* dennoch *materiell* wahr sein:

Prämisse 1 (maior): Alle Menschen können sprechen.
Prämisse 2 (minor): Sokrates kann sprechen.
Konklusion (conclusio): Also ist Sokrates ein Mensch.

Auf diese Weise begründen induktive Schlüsse zwar nicht, wie die deduktiven, einen zwingenden Schluss auf die Wahrheit. Wohl aber begründen sie eine mehr oder weniger gut gestützte *Wahrscheinlichkeit* (bzw. *Vermutung*[20]), dass die Konklusion ebenso wahr ist wie die Prämissen.

Nehmen wir daher einmal an, im Hühnerbeispiel käme als weitere Information hinzu, dass „Sokrates" einen roten Kamm und Federn hat und jeden Morgen kräht: Dann müssten wir den Satz „Sokrates ist ein (männliches) Huhn" für wahr halten, und wir würden erkennen, dass wir uns eine ganz falsche Vorstellung von dem *Kontext* gemacht haben (oder Sinnzusammenhang, s.o. § 5 Rn. 40-59), in dem *dieser* Sokrates sich bewegt. Sagen wir: als Hahn auf einem Bauernhof.

c) Zwingende und nicht-zwingende Schlüsse

9 Die letzte Definition der Deduktion fasst die soeben genannten Begriffe „gültig" und „wahr" noch ein wenig schärfer. Zum einen fügt sie eine Unterscheidung hinzu, die Juristinnen und Juristen ganz ebenso im Blut haben wie die Unterscheidung „subjektiv/objektiv": die Unterscheidung „formell/materiell". Zum anderen kehrt sie in gewisser

17 Siehe auch das nette Beispiel von *Guy Beaucamp/Jacob Beaucamp*, Methoden und Techniken der Rechtsanwendung, 4. Aufl., Heidelberg 2019, S. 32: „Alle Lebewesen sind Affen; Sokrates ist ein Lebewesen; Sokrates ist ein Affe."

18 Dazu bereits oben § 5 III Rn. 107 f.

19 Allerdings kann auch einmal aus *zwei* falschen Prämissen ein richtiges Ergebnis folgen: „Alle Menschen sind grün. Der Laubfrosch ist ein Mensch. Der Laubfrosch ist grün."

20 Ich war in Versuchung zu schreiben: „(objektive) Wahrscheinlichkeit bzw. (subjektive) Vermutung"; oder auch: „Wahrscheinlichkeit (da draußen) und Vermutung (im Denken)". Dagegen spricht aber, dass eine *Vermutung* nicht „bloß subjektiv" im einzelnen Denken (*thinking*) ist, sie ist vielmehr ein objektiver Gedanke (*thought*), der von anderen „geteilt" werden kann – oder auch nicht. Und *Wahrscheinlichkeit* ist keine rohe Tatsache, sondern liegt irgendwie auch, wie Schönheit, im Auge des Betrachters. So dass man die Dinge vielleicht am besten ohne weitere Attribute schlicht semiotisch wie folgt darstellen sollte (vgl. § 5 III Rn. 91):

(Induktiver) /Syllogismus/

Referenz: Wahrscheinlichkeit Bedeutung: Vermutung

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weise das Ursache-Wirkungsverhältnis um: Der deduktive Schluss ist nicht „zwingend, *wenn* die Form gültig ist", sondern „die Form ist gültig, *weil* sie zwingend ist".

Im Einzelnen heißt dies:

• *Definition der Deduktion*: 10

Deduktive Syllogismen sind ihrer *Form nach zwingend*, weil dann, wenn ihre Prämissen *materiell wahr* sind, zwangsläufig auch die Konklusion *materiell wahr* ist. Ein letztes Mal das berühmte Beispiel:

Prämisse 1 (maior): Alle Menschen sind sterblich.
Prämisse 2 (minor): Sokrates ist ein Mensch.
Konklusion (conclusio): Sokrates ist sterblich.

Dass man die Form *dieser* Deduktion Modus Barbara nennt, haben wir schon gesehen („M" = Mittelbegriff, „P" = Prädikat, „a" = „alle sind"):

M a P
S a M
S a P

Demgegenüber lautet dann die

• *Definition der Induktion*: 11

Induktiv sind Schlussfolgerungen, die ihrer *Form* nach nicht-zwingend sind, d.h.: Auch wenn die beiden Prämissen *materiell* wahr sind, ist die Konklusion es *nicht zwangsläufig*.

Die beiden Sokrates-Abwandlungen (zwei Beine, sprechen können) müssen nicht wiederholt werden.

Sehr wohl aber *können* sie durchaus einmal wahr sein, und deshalb sind Induktionen die Schlussformen, mit deren Hilfe man *Vermutungen* formulieren kann („Wahrscheinlichkeiten"):

Prämisse 1 (minor): Das BVerfG ist im Verfahren X vor der Politik eingeknickt.
Prämisse 2 (minor): Das BVerfG ist im Verfahren Y vor der Politik eingeknickt.
Konklusion (conclusio): Das BVerfG wird auch im Verfahren Z vor der Politik einknicken.

Allerdings liegt auf der Hand: Der zuletzt genannte Schluss ist erst dann wirklich schlüssig, wenn man per Induktion einen Zwischenschritt einfügt, nämlich eine Regel (*maior*), die eine Verhaltensgewohnheit (*habit*) beschreibt (zur pragmatischen Maxime siehe § 5 Rn. 14-17, zum Keim der Verallgemeinerung schon oben Rn. 3): 12

Prämisse 3 (maior): Wenn es politisch hart auf hart kommt, wird das BVerfG einknicken.

Nur unter dieser Prämisse dürfen wir vermuten, dass unsere **Prophezeiung** „wahr **wird**", dass die Wahrscheinlichkeit gleichsam zur Wahrheit erstarkt (s. auch unten Rn. 31 und, zum Futur, unten Rn. 22).

Nebenbei: Es gibt eine wunderbare Definition des Rechts, die vermutlich vom Pragmatismus und dessen Vorstellung einer „working logic" beeinflusst ist, nämlich die Definition des berühmten Richters am Supreme Court Oliver Wendell

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Holmes jr. (1842-1935) – er kannte Peirce aus einem berühmten „Metaphysical Club“[21] in Boston:

„The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“[22]

„Die Voraussagen, was die Gerichte tatsächlich tun werden, und nichts Extravaganteres, sind das, was ich unter ‚Recht‘ verstehe.“

13 Um zusammenzufassen: Deduktionen sind ihrer *Form* nach zwingend, Induktionen begründen ihrer *Form* nach lediglich eine Vermutung.

2. Nebenbei: Die Frage nach der Geltung (Gültigkeit) der deduktiven Logik

14 Wir haben anlässlich der Definitionen der Deduktion mehrfach davon gesprochen, dass Syllogismen, und zwar deduktive Syllogismen, „gültig“ oder auch nicht gültig sind. Wenn wir uns nun daran erinnern, dass die Logik eine normative Wissenschaft ist (§ 5 Rn. 52-53), können wir durchaus die Frage stellen, worauf eigentlich diese Geltung[23] der deduktiven Schlüsse, worauf ihre „Deduktivität“ und „Zwingendheit“ beruht (siehe schon oben § 5 Rn. 92).

Für Aristoteles beruhte sie offenbar auf Evidenz[24]: Wenn A in B und B in C, dann auch A in C – das sieht man doch! (Zu den Venn-Diagrammen schon oben § 5 Rn. 105). Oder auch[25]

Wenn A, dann B:
Nun aber A;
B

15 Und Peirce schreibt: „Die Schwierigkeit zu zeigen, inwiefern das Gesetz des deduktiven Schlussfolgerns gültig ist, beruht auf unserer Unfähigkeit, uns vorzustellen, es sei nicht gültig.“[26]

Wir wollen uns trotzdem dieser Herausforderung stellen und dabei unterscheiden zwischen deduktiven und nicht-deduktiven Schlussfolgerungen. Diese hängen in einer dynamischen „working logic“ dergestalt zusammen, dass sie sich gegenseitig begründen.

---

21 Zu ihm gibt es eine Fülle von Literatur; Standardwerk wohl *Louis Menand*, The Metaphysical Club, New York 2001, insb. S. 201-232. Aus deutsch-juristischer Sicht dazu schon *Gerhard Casper*, Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken, Berlin 1967, S. 43-46.

22 *Oliver Wendell Holmes jr.*, The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991-1009 (994).

23 Ich benutze die Begriffe „Gültigkeit“ und Geltung in der Regel dergestalt, dass sich „Gültigkeit“ auf einen einzelnen Syllogismus bezieht, „Geltung“ auf die deduktive Logik insgesamt.

24 *Aristoteles*, Zweite Analytik I 3 (72b37), Ausgabe: Organon Band 3/4, griechisch-deutsch, Hamburg 1998. – Aristoteles‘ Werke werden nach der sogenannten Bekker-Ausgabe (Berlin 1831) zitiert mit Seite, Spalte und Zeile, hier also Seite 72, rechte Spalte, Zeile 37.

25 *Charles Sanders Peirce*, Some Consequences of Four Incapacities (1868), in: CP 5.341 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 49.

26 *Charles Sanders Peirce*, Grounds of the Validity of the Laws of Logic. Further Consequences of Four Incapacities (1869), in: CP 5.341 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 91.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Deduktive und nicht-deduktive Schlüsse

Der aufmerksame Leser wird bemerkt haben: Bei der ersten Definition der Induktion (oben Rn. 5 – Sokrates und Xanthippe) haben wir als Beispiel eine andere Form des Schlusses verwendet als bei der zweiten (oben 1 b – Sokrates und die Hühner). Die erste Form ist die sozusagen „Durchzählform": Wir mustern alle Exemplare der Gattung Mensch durch und kommen zum Ergebnis: Sie alle haben zwei Beine.[27] Bei der zweiten Form, man könnte sie als „Abstempelform" bezeichnen, beobachten wir an einem konkreten Wesen eine bestimmte Eigenschaft („hat zwei Beine") und ordnen es deshalb „als etwas" ein, hier (wenn auch fälschlich): Sokrates als Exemplar der Gattung Huhn. 16

Wir müssen uns nun an dieser Stelle nicht genauer damit auseinandersetzen, ob man beide Formen als „Induktion" bezeichnen sollte (wir werden es tun, sogleich unter III), und auch nicht damit, wie differenziert sich die Fachphilosophie und die Wissenschaftstheorie mit ihnen beschäftigt haben. Wir wollen lediglich dreierlei zeigen: 17

- Es gibt jenseits der deduktiven Schlüsse – das ist die Art von Schlüssen, von denen die herrschende juristische Methodenlehre meint, dass sich „die" Logik auf sie beschränkt – ein **sehr weites Feld** von **nicht-deduktiven** Schlüssen und Schlussfolgerungen.
- Diese deduktiven und nicht-deduktiven Schlüsse hängen in ihrer Gültigkeit voneinander ab, sie bedingen sich gegenseitig und bilden dadurch eine „working logic".
- Auf dieser gegenseitigen Abhängigkeit beruht geradezu und gerade auch die **Geltung**[28] der **deduktiven** Logik. Etwas präziser: Sie lässt sich pragmatistisch dergestalt begründen, dass sie sich *in the long run* auch dann bewähren würde, wenn man sie als **nicht-deduktive** Logik **interpretiert**.[29]

Ich gebe zu, das klingt noch ein wenig rätselhaft.

a) Das Bohnenbeispiel von Charles Sanders Peirce (Ausgangskonstellation)

Den wohl besten Einstieg in die weniger beackerten, nämlich nicht-deduktiven Felder der Logik bietet immer noch ein berühmtes Beispiel, das der amerikanische Philosoph Charles Sanders Peirce (1839-1914) eingeführt hat.[30] Das Beispiel kehrt, wenn man so will, einen deduktiven Syllogismus gleichsam wie einen musikalischen Akkord zweimal um[31]: 18

27 Zu dieser Interpretation Freges siehe *Erich Tugendhat/Ursula Wolf*, Logisch-semantische Propädeutik, Stuttgart 1983/1986, S. 91: „Man nehmen der Reihe nach jedes."

28 Die Logik ist, das darf man nicht vergessen, eine normative Wissenschaft (§ 5 II Rn. 52 f.), und Geltung ist die Art und Weise, wie Normen existieren (§ 5 II Rn. 26 mit Nachweisen).

29 Thesenartig dazu bereits in § 3 Rn. 24 mit Fn. 39. – Die Formel *in the long run* ist ein durchgehender Topos in Peirce' Philosophie, siehe *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), z.B. S. 85 f. (zum jetzigen Kontext), 192 (zu Wahrheit und Realität) und passim.

30 *Charles Sanders Peirce*, Deduction, Induction, and Hypothesis (1878), in: CP 2.622 f. (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 231 f.

31 Peirce spricht selbst (2.622) von einer „Umkehrung" (*inversion*) des Syllogismus.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„DEDUKTION

Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.
Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack.
./. Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.

INDUKTION

Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.
Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack.
./. Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.

HYPOTHESE[32]

Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.
Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.
./. Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack."

19 Wir werden sogleich sehen, dass man die Bezeichnung „Hypothese" durch eine andere ersetzen muss (freilich nicht, wie es manche vorgeschlagen haben: Abduktion![33]). Zunächst möge der Originaltext jedoch so, wie er ist, stehen bleiben.

Man sieht schon hier: Was Peirce als „Hypothese" bezeichnet, ist das, was Juristen als Subsumtion bezeichnen – die Qualifizierung eines Lebenssachverhalts *als Fall* einer Regel („Alle Fälle von Heimtücke sind ein Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit; X hat die Arg- und Wehrlosigkeit von Y ausgenutzt; X hat einen Fall von Heimtücke verwirklicht").

b) Das Bohnenbeispiel: Abwandlung (wenn Logik auf Wirklichkeit trifft)

20 Besonders interessant ist nun: Für Peirce ist die Logik auch dann nicht am Ende, wenn man in seinen deduktiven Schlussfolgerungen von der Wirklichkeit[34] korrigiert wird[35]:

„Beginnen wir z.B. mit folgender Wahrscheinlichkeit im Modus Barbara:

Regel. – Die meisten Bohnen in diesem Sack sind weiß.
Fall. – Diese Handvoll Bohnen ist aus diesem Sack.
./. Resultat. – Wahrscheinlich sind die meisten Bohnen dieser Handvoll weiß.

Leugnen wir nun das Resultat, akzeptieren aber die Regel:

Negation des Resultats. – Nur wenige Bohnen in dieser Handvoll sind weiß.
Regel. – Die meisten Bohnen in diesem Sack sind weiß.
./. Negation des Falls. – Wahrscheinlich wurden die Bohnen einem anderen Sack entnommen.

---

32 Bereits hier ist klarzustellen: Es handelt sich „in Wahrheit", besser: bei richtiger Interpretation, *nicht* um eine Hypothese und auch nicht um eine Abduktion (so aber z.B. *Arthur Kaufmann*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, München 1994, S. 67), sondern um eine qualifizierende Induktion (siehe unten Rn. 25 f.).

33 So etwa im Anschluss an Arthur Kaufmann *Jan C. Joerden*, Logik im Recht, 3. Aufl., Heidelberg u.a. 2018, S. 297-301.

34 Besser: vom jeweils einschlägigen Sinnzusammenhang (oben § 5 II Rn. 40-59). Auch Aussagen über die Welt Harry Potters könnten falsifiziert werden, z.B. wenn ein Muggel plötzlich zaubern kann. Oder ist er dann kein Muggel?

35 *Peirce*, Deduction, in: CP 2.627 (Fn. 1); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 234 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das ist ein hypothetischer Schluss.

Leugnen wir als nächstes das Resultat, akzeptieren aber den Fall:

Negation des Resultats. – Nur wenige Bohnen dieser Handvoll sind weiß.
Fall. – Diese Bohnen wurden diesem Sack entnommen.
./. Negation der Regel. – Wahrscheinlich sind nur wenige Bohnen im Sack weiß.

Das ist eine Induktion."

Man sieht: Das **logische „Denken" geht** geradezu zwangsläufig **weiter** (*the beat goes on*), auch wenn und gerade wenn es enttäuscht oder überrascht wird. Man sieht zudem (wir haben es schon angedeutet): 21

Deduktive Schlussfolgerungen schließen zwar der *Form* nach zwingend *aus* wahren Aussagen *auf* wahre Aussagen (hier sogar: aus wahren Aussagen über Wahrscheinlichkeiten auf wahre Aussagen über Wahrscheinlichkeiten). Was die *materielle* Welt und ihre Wahrheit angeht, sind aber **auch Deduktionen** – hier der erste der drei Syllogismen – nichts weiter als **Vermutungen**, die widerlegt werden können.[36] 22

Anders gewendet: Man kann auch deduktive Schlüsse (Syllogismen) jederzeit als eine bloß nicht-deduktive Vermutung **interpretieren**: „Alle Menschen sterben, Sokrates ist ein Mensch, *vermutlich wird* auch Sokrates sterben".

Futur! Siehe oben Rn. 12.

c) Das Bohnenbeispiel: Zwei Korrekturen an Peirce' Konzeption

Wenn man das berühmte Bohnenbeispiel genau betrachtet, zeigt sich allerdings, dass Peirce in der Abwandlung eine kleine Ungenauigkeit eingebaut hat, nämlich bei der *ersten Umkehrung* des deduktiv enttäuschten Syllogismus: Aus den beiden Sätzen „Nur wenige Bohnen in dieser Handvoll sind weiß" und „Die meisten Bohnen in diesem Sack sind weiß" lässt sich eigentlich *nur* schließen: 23

„Wahrscheinlich stammen die Bohnen *nicht aus diesem Sack*."

Dass sie aus einem **anderen Sack** stammen, geht darüber hinaus – und deshalb nennt Peirce dies wohl auch, ganz unwillkürlich, eine „Hypothese" (und nicht „Induktion II" oder so).

Wegen dieser Ungenauigkeit müssen wir uns nun auch endgültig von dem Begriff „Hypothese" verabschieden. In Wahrheit handelt es sich in der Ausgangskonstellation des Bohnenbeispiels (oben unter a) bei der „Hypothese" um eine zweite Art der Induktion, in der Abwandlung (unter b) um eine „richtige" Abduktion.

aa) Die „Hypothese" in der Abwandlung: eine Abduktion

Bei der „Hypothese" in der **Abwandlung** (oben b: „die Bohnen stammen aus einem *anderen* Sack") kommt zu den Daten, die wir bisher kennen (Bohnen, weiß, dieser Sack) ein **neues, viertes Datum** hinzu (der andere Sack). Dieses neue Datum stellt das Resultat, das wir in der Dreierkonstellation nicht erwartet hatten, in einen ganz 24

36 „Conjectures and Refutations" (1962) ist der Titel eines recht berühmten Buchs des Philosophen und Wissenschaftstheoretikers *Karl Raimund Popper*; deutsch: Vermutungen und Widerlegungen, Tübingen 1994 (mehrere Neuausgaben).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neuen Rahmen,[37] in ein ganz neues *setting* – und wir vermuten nunmehr mit Hilfe einer **neuen** Deduktion:

Regel. – Wahrscheinlich sind die meisten Bohnen in jenem *anderen Sack* nicht-weiß.
Fall. – Wahrscheinlich stammen diese Bohnen aus jenem *anderen Sack*.
./. Resultat. – [Deshalb:] Die meisten Bohnen in dieser Handvoll sind nicht-weiß.

Kurz: Die von Peirce hier so genannte „Hypothese" ist letztlich der *Schluss auf einen neuen Schluss* (und seine beiden [!] Prämissen).[38]

Derartige Schlüsse auf einen neuen Schluss – und nur derartige Schlüsse – wollen wir mit dem späten Peirce „Abduktion" nennen (Genaueres sogleich unter III).

bb) Die „Hypothese" im Ausgangsfall: eine qualifizierende Induktion

25 Demgegenüber fügt der von Peirce im *Ausgangsbeispiel* (oben a) als „Hypothese" bezeichnete Schluss den bereits bekannten drei Daten nichts *wirklich* Neues, er fügt ihnen **kein neues Datum** hinzu: „Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß. Diese Bohnen sind weiß. Diese Bohnen sind aus diesem Sack." Die so bezeichnete „Hypothese" schließt lediglich auf ein sozusagen *verborgenes* Neues – auf etwas, das man sich leicht zusammenreimen kann – wie in einem *puzzle*.[39] Vielleicht mit einem kleinen „Aha-Effekt".

Abduktionen können hingegen ein WOW-Erlebnis auslösen.[40]

26 Bei genauem Hinsehen ist somit die zweite Umkehrung im Ausgangs-Bohnenbeispiel – die „Hypothese" – gar nicht innovativer als die erste („Diese Bohnen sind weiß, sie sind aus diesem Sack, alle Bohnen im Sack sind weiß"). Und deshalb handelt es sich auch bei ihr „nur" um eine Induktion, genauer: eine „qualifizierende Induktion" (mehr dazu unter II).

Auch der späte Peirce selbst scheint in diese Richtung gegangen zu sein: Er unterscheidet nach 1900 in der Sache wie hier eine „qualitative" und eine „quantitative Induktion". Und in einem Brief von ca. 1910 bekennt er, vor 1900 Induktion und Hypothese mehr oder weniger vermengt zu haben.[41]

---

37 Natürlich könnte der Rahmen auch phantasievoller gewählt werden, etwa: Die Bohnen hat jemand achtlos weggeworfen. Oder gar: Jemand hat absichtlich unsere Daten verfälscht (Verschwörungstheorie). Oder es waren Außerirdische im Spiel.

38 Eingehend dazu schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S. 445-475.

39 Anspielung auf *Thomas R. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions (1962), deutsch: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 27. Aufl., Frankfurt a.M. 2023. Kuhn unterscheidet „normale Wissenschaft", die im Rahmen der herrschenden Vorstellungen neue Details erforscht, von „außerordentlicher Forschung", die ein ganz neues „Paradigma" einführt – etwa das heliozentrische Weltbild statt des geozentrischen. Derartige Paradigmenwechsel gibt es gelegentlich sogar in der Jurisprudenz, siehe unten § 20.

40 *Joachim Lege*, Die Abduktion im System der Wissenschaften, in: Frithjof Rodi (Hrsg.), Urteilskraft und Heuristik in den Wissenschaften, Weilerswist 2003, S. 93–110 (103); weniger deutlich noch *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S. 363.

41 Siehe die Anmerkung Nr. 3 von *Karl-Otto Apel*, in: Charles S. Peirce, Schriften (Fn. 1), S. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Zusammenfassung

Fassen wir noch einmal mit anderen Worten zusammen: Peirce bringt im Bohnenbeispiel (und dessen Abwandlung) zwei Arten des Neuen durcheinander: das *wirklich* Neue und das gleichsam nur *verborgene* Neue. Beide Arten des Neuen werden logisch erschlossen, allerdings – angesichts unvollständiger Daten (es sind noch nicht alle Bohnen ausgezählt) – nicht zwingend-deduktiv, sondern nur mit „Wahrscheinlichkeit" (oder wenn man will: Vermutlichkeit[42]). Beim *nur verborgenen* Neuen wird im Wege der Induktion aus schon *vorhandenen* Daten etwas relativ Neues „kombiniert": Verallgemeinerung oder Klassifizierung. Beim *wirklich* Neuen führen *neue Daten* zu ganz neuen syllogistischen Szenerien – im Wege der Abduktion (dazu unter III). 27

Eine Vermutung zum Abschluss: Wahrscheinlich ist Peirce die geschilderte Ungenauigkeit unterlaufen, weil er zeigen wollte, dass auch das *wirklich* Neue („die Bohnen stammen aus einem *anderen* Sack") über einen Prozess des Schlussfolgerns ins Denken kommt – und nicht durch „Intuition", nicht durch unvermittelt-höhere Einsicht.

4. Nebenbei: Der Geltungsgrund der Logik

Mir scheint, dass wir mit Hilfe des Peirce'schen Bohnenbeispiels nun recht zwanglos – und in einer rechtswissenschaftlichen Arbeit eher als Zufallsfund – die „große Frage" beantworten können, die wir oben (unter 2) sozusagen in einem Zwischenschritt aufgeworfen haben: Worauf beruht eigentlich die Geltung der deduktiven Logik? – wenn man sich nicht auf Evidenz berufen will („das sieht man doch!"). Sie beruht, ganz ähnlich dem Peirce'schen Verständnis von Wahrheit und Realität (§ 5 Rn. 71), auf einem **großen Konjunktiv**. 28

a) Die formale und die materiale Seite der Logik

Wir haben gesehen, dass man bei der Logik eine formale und eine materiale Seite unterscheiden kann – Juristen ist dies, wie schon gesagt, sehr geläufig. Die formale Seite der Logik bezieht sich auf die Anordnung der Daten, auf ihre Zusammenstellung in einem Syllogismus (der Begriffe und Aussagen zusammenfügt). Die materiale Seite der Logik bezieht sich auf die – wie wir sie genannt haben – Sinnzusammenhänge, auf die in den Begriffen, Aussagen und Schlussfolgerungen Bezug genommen wird. Diese „realen" Sinnzusammenhänge sind es, die mit Hilfe der Logik verarbeitet werden: in deduktiven und nicht-deduktiven Schlussfolgerungen. 29

b) Die Verschränktheit des deduktiven und des nicht-deduktiven Schlussfolgerns

Das Bohnenbeispiel zeigt nun sehr schön, dass diese beiden Gattungen – oder soll man sagen: Aggregatzustände – des Schlussfolgerns in ihrer Gültigkeit oder Geltung voneinander abhängig sind, man kann auch sagen: Sie sind miteinander im Konjunktiv[43] „verschränkt". 30

42 Siehe bei und in Fn. 20.

43 Lateinisch *coniungere* (verbinden, verknüpfen) kann man vielleicht sogar mit „verschränken" übersetzen.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Wenn alle Bohnen ausgezählt sind, *würde* sich die Vermutung, dass alle Bohnen in dem Sack weiß sind, bestätigen.

Es *würde* der induktive Akkord „Diese Bohnen sind weiß, sie stammen aus diesem Sack, alle Bohnen in dem Sack sind weiß" ganz „zwanglos" in einen deduktiven Akkord umschlagen: „Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß, die Bohnen sind aus diesem Sack, die Bohnen sind weiß". Ganz ebenso *würde* sich aber auch die **Form** des deduktiven Akkords, wenn man alle Bohnen und alle Säcke dieser Welt (und alle Sokratesse, Hühner und Menschen dazu, auch in aller Zukunft) nach seinem Schema durchgeprüft *hätte* und dabei alle relevanten Daten zutreffend ermittelt *hätte*, immer als zwingend bewähren. Anders gewendet[44]:

31 > Die Gültigkeit (formale Richtigkeit) nicht-deduktiver Schlussfolgerungen beruht darauf, dass sie letztlich, wenn sie sich bei vollständiger Informiertheit in jeder Hinsicht als material richtig erweisen, in eine Deduktion umschlagen *würden*. Die Gültigkeit deduktiver Schlussfolgerungen beruht darauf, dass sie sich, wenn man sie in eine nicht-deduktive Schlussfolgerung umdeuten würde (also in eine Vermutung), in dem Idealfall vollständiger Informiertheit und materialer Richtigkeit immer bewähren *würden*: Ein Fehler könnte niemals zu Lasten der Form gehen.

Bildlich gesprochen:

> Eine nicht-deduktive Schlussfolgerung kann zur Deduktion erstarken; eine deduktive Schlussfolgerung kann in eine nicht-deduktive Schlussfolgerung zerbrechen.

II. Zwei Arten der Induktion: generalisierend und konkretisierend

32 Kommen wir aber nun zur eher praktischen Seite, und werfen wir dabei auch immer schon einen Seitenblick auf die Jurisprudenz!

Wir hatten gesehen: Die sozusagen erste und weniger sensationelle Stufe zum logischen Er-schließen neuer Ideen sind die Induktionen. Bei ihnen gibt es, wie schon mehrfach gesagt, zwei Spielarten: Verallgemeinerung (Generalisierung) und Klassifizierung (Konkretisierung, Subsumtion). Die erste Spielart nenne ich quantifizierende Induktion, die zweite Spielart qualifizierende Induktion.[45]

1. Quantifizierende Induktion: Generalisierung, Verallgemeinerung

a) Definition

33 Bei der quantifizierenden Induktion geht es um das, was uns in der gröbsten Definition von Deduktion und Induktion schon begegnet ist: um den Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine. In Peirce' Bohnenbeispiel (soeben unter I 3):

---

44 Frei nach *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S. 89 f.

45 In *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S. 443-445, habe ich sie als „quantitative" und „qualitative" Induktion bezeichnet, ebenso wie offenbar der späte Peirce, siehe die Anmerkung Nr. 3 von *Karl-Otto Apel*, in: Peirce, Schriften (Fn. 1), S. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.
Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack.
./. Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.

Oder in Anlehnung an ein philosophisches Wörterbuch[46]:

Natriumsalpeter ist gut löslich in Wasser.
Kalisalpeter ist gut löslich in Wasser.
Kalkammoniaksalpeter ist gut löslich in Wasser.
Montansalpeter ist gut löslich in Wasser.
Alle Salpeter sind [vermutlich] gut in Wasser löslich.

Es liegt auf der Hand, dass dieser Schluss seine Gültigkeit letztlich darin findet, dass man ihn gleichsam – wie in der Musik einen Akkord – umkehren kann. Mehr noch: Er *würde*, wenn wir alle Salpeterarten durchgeprüft haben, geradezu zwanglos in viele deduktive Schlüsse dieser Art *umschlagen*: 34

Alle Salpeter sind gut in Wasser löslich.
Kalisalpeter ist ein Salpeter.
Kalisalpeter ist gut in Wasser löslich.

Dieser Schluss wäre dann nicht nur formal zwingend, sondern auch materiell wahr. (Bis man einen Salpeter findet, der sich nicht gut in Wasser löst.[47])

b) In der Jurisprudenz: Beispiel „positive Vertragsverletzung“ und die Analogie

In der Jurisprudenz spielen quantifizierende Induktionen auf den ersten Blick eine geringere Rolle als in den Naturwissenschaften. Dies gilt jedenfalls für den Bereich, der in den Methodenlehren und in der Juristenausbildung das Zentrum bildet: bei der Entscheidung von Einzelfällen im Wege der „Anwendung“ von Gesetz und Recht. Nichtsdestoweniger werden aber auch im Recht im Wege der Induktion Verallgemeinerungen vorgenommen. Erstes Beispiel (in Parallele zu Peirce‘ Bohnen): 35

Resultat. – Verzug und Unmöglichkeit verpflichten zu Schadensersatz.
Fall. – Verzug und Unmöglichkeit sind Leistungsstörungen.
./. Regel. – Also sollten *alle* Leistungsstörungen zu Schadensersatz verpflichten.

Man sieht leicht, dass dies der erste Schritt zur Analogie ist – in diesem Fall der Analogie zu Gunsten einer *weiteren* Leistungsstörung, der damals so genannten „positiven Vertragsverletzung“.[48] Das BGB in seiner Urfassung von 1900 hatte nämlich zwar den Fall geregelt, dass eine Leistung zu spät erbracht wird, etwa ein Auto zu spät geliefert (Verzug), und auch den Fall, dass die Leistung überhaupt nicht mehr erbracht werden kann, etwa weil die zu liefernde Sache zerstört wurde (Unmöglichkeit). Nicht geregelt war hingegen der Fall, dass trotz („positiver“) Erfüllung des Vertrags ein Schaden

46 *N.[ikolaj] I.[wanowitsch] Kondakow* [sic, also nicht Kondakov], Wörterbuch der Logik, hrsg. von Erhard Albrecht und Günter Asser, Leipzig 1983, S. 214; das Beispiel ist naturwissenschaftlich vielleicht nicht ganz korrekt oder veraltet, aber darauf kommt es nicht an. – Albrecht und Asser waren übrigens Professoren in Greifswald.

47 Das ist jetzt die Wendung zum Popperschen Falsifikationismus, siehe § 5 II Rn. 80 und auch schon § 1 Rn. 24 und 26.

48 Genauer zu diesem Beispiel unten § 16 Rn. 13-15; auch hier sei aber der Erfinder der „pVV“ nicht verschwiegen: Hermann Staub (1856-1904), seiner Profession nach übrigens Rechtsanwalt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch Schlechtleistung entsteht, der zudem nicht schon mit den vertragstypischen[49] Gewährleistungsansprüchen ersetzt werden kann.

Beispiel: Verkäufer V liefert verdorbenes Schweinefutter, die Schweine des Käufers K verenden. Es nützt dem K wenig, wenn er – kaufvertragstypisch – nur den Kaufpreis ersetzt bekommt (§ 439 BGB alte Fassung) oder gar im Wege der Nacherfüllung einwandfreies Futter (§ 439 BGB neue Fassung) erhält.

36 Mit Hilfe der Kategorie „positive Vertragsverletzung" ließ sich nun auch dieser Fall unter die (neue) Regel subsumieren, die man per Induktion aufgestellt hatte – mit der praktischen Konsequenz, dass auch *diese* Leistungsstörung („Leistungsstörung" ist der neue Ober-Begriff!) zu Schadensersatz (in Gestalt von Geldersatz) verpflichtet.

Erstaunlicherweise wird in den gängigen Methodenlehren dieser erste Schritt der Analogie meist übergangen. Stattdessen wird sogleich gefragt,[50] ob eine (a) „planwidrige Regelungslücke" vorliegt und (b) die Interessenlage im ungeregelten Fall und im geregelten Fall gleich zu bewerten ist. Wir kommen darauf zurück (§ 16 Rn. 22-41 mit neuem Prüfschema Rn. 37-41).

c) In der Jurisprudenz: Beispiel Gesetzgebung und die *Cautio Muciana*

37 Erstaunlich ist auch: Den gängigen juristischen Methodenlehren scheint kaum bewusst zu sein, dass die quantifizierende Induktion bei einer zweiten zentralen Art und Weise der Rechtserzeugung eine bedeutende Rolle spielt: bei der Gesetzgebung. *Alle* Gesetze (im materiellen Sinn[51]) sind ja nichts anderes als induktiv erschlossene Regeln, die in „abstrakt-genereller" Weise eine Vielzahl von Fällen erfassen – auf mehr oder weniger hoher Abstraktionshöhe.

Sehr schön die Konzeption von Jan Schapp: das Gesetz als Regelung einer „Fallreihe".[52]

38 Auf einer relativ moderaten Abstraktionshöhe hält sich zum Beispiel die folgende Regel (die sogenannte *Cautio Muciana* im Römischen Recht[53]):

---

49 Für Nichtjuristen: Im sogenannten Allgemeinen Schuldrecht gibt es „ganz allgemeine" Ansprüche für den Fall, dass etwas schiefläuft – eine zentrale Vorschrift ist § 280 BGB („Schadensersatz wegen Pflichtverletzung"). Hinzu kommen im Besonderen Schuldrecht „besondere Ansprüche", z.B. beim Kauf- und Werkvertrag ein Recht auf Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 BGB) bzw. des Werklohns (§ 638 BGB).

50 Siehe etwa *Franz Reimer*, Methodenlehre (Fn. 8), Rn. 562, 555-576; dort heißt es zudem (Rn. 556) in Anlehnung an *Markus Würdinger*, Die Analogiefähigkeit von Normen, in: Archiv für civilistische Praxis (AcP) 206 (2006), S. 946-979 (978): Die Analogie sei „in erster Linie keine Frage der Logik, sondern der Teleologik". Im Ansatzpunkt ebenso (liegt eine Lücke vor?) *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 6 Rn. 99, differenzierend Rn. 148-152: Die Lücke als Prämisse (gemeint: Hypothese).

51 Als Gesetze im materiellen Sinn bezeichnet man alle abstrakt-generellen Regeln (Wer X tut, ist mit Y zu bestrafen). Gesetze im formellen Sinn sind alle Akte, die von den zuständigen Gesetzgebungsorganen, z.B. von Bundestag und Bundesrat, in den dafür vorgesehenen Verfahren erlassen werden, so z.B. das Haushaltsgesetz.

52 *Jan Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 9-11 und durchgehend.

53 In Anlehnung an *Fritjof Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl., Paderborn 1997, S. 136 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Wenn ein Ehemann stirbt und seiner Witwe sein Vermögen unter der Bedingung hinterlässt, dass sie nicht wieder heiratet, dann soll die Witwe das Vermögen sofort erhalten, es aber wieder herausgeben müssen, falls sie wieder heiratet."

Sie muss also nicht warten, bis sie stirbt.

Demgegenüber formuliert § 2075 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch – sehr viel abstrakter:

„Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, dass der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer etwas unterlässt oder fortgesetzt tut, so ist, wenn das Unterlassen oder das Tun lediglich in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel anzunehmen, dass die Zuwendung von der *auflösenden* Bedingung abhängen soll, dass der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Tun unterlässt" (Hervorhebung J.L.).

Die Zuwendung soll also nicht abhängen von der *aufschiebenden* Bedingung, dass er oder sie es nicht tut bzw. nicht unterlässt, z.B. heiraten. (Im BGB sind die aufschiebende und die auflösende Bedingung geregelt in § 158 Abs. 1 und Abs. 2.)

Für eine Juristische Methodenlehre stellt sich vor diesem Hintergrund vor allem die Frage, auf welcher **Abstraktionshöhe** Gesetze hantieren sollten (unten § 38 Rn. 6, 45). Die heutige Gesetzgebung neigt dazu, entweder zu abstrakt (Formulierung großer Ziele) oder zu konkret-detailverliebt zu sein. 39

2. Qualifizierende Induktion: Klassifizierung, Subsumtion

a) Definition

Wir haben es schon gesehen: Bei der hier so bezeichneten qualifizierenden Induktion wird ein Resultat als *Fall* einer bestimmten Regel qualifiziert – man kann dies Klassifizierung nennen oder auch Einordnung oder „Abstempeln" oder eben: Qualifizierung. 40

Klassisches Exempel einer qualifizierenden Induktion ist in Peirce' Bohnenbeispiel die zweite Umkehrung des ersten, deduktiven Akkords – auch wenn Peirce diese Umkehrung fälschlich als „Hypothese" bezeichnet hatte:

Regel. – Alle Bohnen in diesem Sack sind weiß.
Resultat. – Diese Bohnen sind weiß.
./. Fall. – Diese Bohnen sind aus diesem Sack."

Derartige qualifizierende Induktionen spielen offensichtlich auch in den Naturwissenschaften eine bedeutende, ja systembildende Rolle – man denke an das Periodensystem der Chemie oder an das Linnésche System zur Einordnung der Pflanzen. Dass diese Einordnungen immer wieder in Frage gestellt und revidiert werden können, versteht sich von selbst (das Beispiel der Sperlinge habe ich schon erwähnt[54]).

b) In der Jurisprudenz: Subsumtion

Es liegt auf der Hand: Dieser Schluss entspricht dem, was wir bereits in § 3 Rn. 8-10 als den – der gängigen Methodenlehre geläufigen – Subsumtionsschluss kennengelernt haben: 41

54 Lange Zeit hat man sie für eine Art der Finken gehalten. Mittlerweile bilden sie neben den Finken eine eigene Familie, einige Arten gehören auch zu den Webervögeln.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel: Die Straftat XY hat die Tatbestandsmerkmale M1, M2, und M3.
Resultat: Die Tat des A erfüllt die Merkmale M1, M2 und M3.
./. Fall: Also liegt ein Fall der Straftat XY vor.

Dieser Schluss wäre, *interpretiert als deduktiver Schluss*, nicht gültig, weil nicht zwingend. (Man könnte sogar sagen: Es ist ein Fehlschluss, nämlich ein Schluss von der Folge auf die Ursache). Er entspräche dem Schema (s.o. 1):

Regel: Alle Hühner haben zwei Beine.
Resultat: Sokrates hat zwei Beine.
./. Fall: Sokrates ist ein Huhn.

Oder auch (siehe schon § 5 Rn. 70):

Regel: Wer ein guter Wissenschaftler ist, wird häufig zitiert.
Resultat: X wird häufig zitiert.
./. Fall: X ist ein guter Wissenschaftler.[55]

42 *Interpretiert als induktiver Schluss* hat der Subsumtionsschluss jedoch seine Berechtigung: Es spricht eine wohlbegründete Vermutung dafür, dass ein Fall der Straftat XY vorliegt, wenn deren Definitionsmerkmale erfüllt sind. Etwas konkreter (unter Rückgriff auf § 3):

Regel: Heimtücke ist das Ausnutzen einer Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
Resultat: Täter A hat die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers O ausgenutzt.
./. Fall: Täter A hat heimtückisch gehandelt.

c) Die Ergebnisoffenheit (!) der Subsumtion

43 Allerdings: Wenn man *noch konkreter* hinschauen will, das heißt: wenn man wissen will, wie der Fall *im wahren Leben* aussah (und nicht auf der Ebene der Definitionen), können sich weitere Fragen stellen. Sie richten sich letztlich an diejenigen Sinnzusammenhänge (§ 5 Rn. 40-59), die das Recht zu regeln für sich in Anspruch nimmt. Erinnern wir uns an den Lebenssachverhalt, den wir schon in § 3 diskutiert haben:

> Täter A öffnet den Gashahn, als seine Frau und seine Tochter schlafen. Er will sie auf diese Weise, ohne dass sie es bemerken, durch Erstickung töten.

Damit wird die Definition gleichsam mit Leben gefüllt: Wer schläft, ist „arglos" (Definition: „sich keines Angriffs bewusst") und aufgrund dessen[56] auch „wehrlos". Juristen würden also in ihrer Lösungsskizze notieren:

„Heimtücke (+)"

44 Die nächste Frage kann dann aber auch einmal lauten: Soll diese Definition von Heimtücke für jeden Fall gelten? Auch etwa, wenn der Lebenssachverhalt wie folgt liegt (siehe schon § 3 Rn. 16)?

---

55 Weiteres Beispiel: „Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken. Ich muss an dich denken. Also: Es regnet."

56 Für die Freunde der Feinheiten: In der Tat ist es herrschende Meinung, dass die Wehrlosigkeit auf der Arglosigkeit beruhen muss; an „diesem *Kausalzusammenhang* fehlt es etwa, wenn sich das Opfer auch bei rechtzeitigem Erkennen des Angriffs (z.B. wegen Lähmung) nicht hätte verteidigen können" (*Christoph Safferling*, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch [Kommentar], 9. Aufl., Baden-Baden 2022, § 211 Rn. 42).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In den frühen 1950er Jahren veruntreute der städtische Vollzugsbeamte A etwa 400 DM, das war damals viel Geld. Als er deshalb entlassen werden sollte, versuchte er, nicht nur sich selbst, sondern auch seine Frau F und seine Tochter T, die er sehr liebte, zu töten, indem er den Gashahn öffnete. Er wollte damit seiner Familie Entehrung und Not ersparen. A wurde gerettet, F und T starben.[57]

Sollte hier die Liebe ein Unterschied sein, der einen Unterschied *macht* (s.o. § 5 Rn. 21, 42)? Weil aus der Liebe etwas folgt, das gegen Heimtücke spricht? So dass entgegen dem ersten Eindruck *kein* Fall von Heimtücke und damit *kein* Mord vorliegt? Sozusagen „vom Gefühl her"?

Wenn man dies wirklich „fühlt", meinetwegen auch: intensiv fühlt, ist der Fall natürlich noch lange nicht gelöst. Vielmehr ist dies dann der Punkt, wo das kreative Schlussfolgern beginnt: die Abduktionen. Erst sie führen, über die klassifizierenden oder generalisierenden Induktionen hinaus, etwas **wirklich Neues** ein.

In diesem Fall was? Siehe sogleich Rn. 65.

III. Kreative Schlüsse: Abduktionen

Um es noch einmal zu betonen: Die Lehre von der Abduktion ist in der akademischen Fachphilosophie nicht gerade „herrschende Meinung". Deshalb ist, was im Folgenden vorgestellt wird, durchaus neu – und daher gewiss nicht perfekt.[58] Nichtsdestoweniger bringt es vielleicht ein wenig Licht in das hinein, was man gemeinhin „Kreativität" nennt. Und es scheinen tatsächlich Richterinnen und Richter, wenn sie mit etwas Neuem konfrontiert werden, sich in dieser Weise zu einer Lösung voranzutasten.[59] 45

1. Abduktionen als Zusammenschluss von Schlüssen

Abduktionen sind Schlussfolgerungen, die etwas *wirklich* Neues erschließen – etwas, das in den Prämissen bisher noch nicht enthalten war. Wie sie funktionieren, haben wir in der Kritik des Peirce'schen Bohnenbeispiels bereits angedeutet: Während Induktionen aus *zwei* Prämissen auf *ein* Unbekanntes schließen – sei es im Wege der Verallgemeinerung oder im Wege der Klassifikation bzw. Subsumtion –, schließen Abduktionen aus *einer* Prämisse auf die *beiden* fehlenden.[60] Führen wir es uns noch einmal vor Augen: 46

57 BGHSt (GS) 9, 385 (1956) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [hier des Großen Senats] Band 9, Seite 385).

58 „*Nihil est simul et inventum et perfectum*" – Nichts ist zugleich erfunden und vollendet, so schon *Marcus Tullius Cicero* (106–43 v. chr.), Brutus, lateinisch-deutsch, 5. Aufl., Düsseldorf etc. 2000, Abschnitt 71 (S. 52). – Das Zitat auch bei *Alexander Gottlieb Baumgarten* (zu ihm § 31 Rn. 31-33) in seiner Ästhetik-Theorie, ich zitiere aus der Erinnerung.

59 So als Fazit zu einer empirischen Studie *Ralf Kölbel/Thorsten Berndt/Peter Stegmaier*, Abduktion in der justiziellen Entscheidungspraxis, in: Rechtstheorie 32 (2006), S. 85-108.

60 So die Interpretation von *Jo Reichertz*, Aufklärungsarbeit. Kriminalpolizisten und Feldforscher bei der Arbeit, Stuttgart 1991, S. 69 und öfter; dem folgend und weiterführend *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S. 441.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Negation des Resultats. – Nur wenige Bohnen in dieser Handvoll sind weiß.
Regel. – Die meisten Bohnen in diesem Sack sind weiß.
./. Negation des Falls. – Wahrscheinlich wurden die Bohnen *einem anderen Sack* entnommen.

Dieser andere Sack ist das wirklich Neue, genauer: die Vermutung, dass (1) die meisten Bohnen in dem anderen Sack nicht weiß sind und (2) die Bohnen aus eben diesem Sack stammen. Um es zu wiederholen:

Regel. – Wahrscheinlich sind die meisten Bohnen in *jenem anderen Sack* nicht-weiß.
Fall. – Wahrscheinlich stammen diese Bohnen aus *jenem anderen Sack*.
./. Resultat. – [Deshalb:] Die meisten Bohnen in dieser Handvoll sind nicht-weiß.

Kurz: Abduktionen sind ein „Zusammenschluss von Schlüssen". Wohl wegen dieses Kurzschlusses kommen sie über uns, wie Peirce gesagt hat, „wie ein Blitz".[61]

2. Drei Spielarten der Abduktion

47 Bei genauerer Betrachtung wird sich nun allerdings zeigen: Der besagte Schluss aus *einer* auf *zwei* Prämissen kann seinen Ausgang nicht nur, wie in Peirce' Bohnenbeispiel, vom *Resultat* eines Syllogismus nehmen, genauer: von der Negation eines erwarteten Resultats. Er kann vielmehr auch von jeder der beiden anderen Prämissen (nach deren Negation) ausgehen.

Mit anderen Worten:

Es gibt nicht nur, wie bei der Induktion, zwei Spielarten, sondern sogar drei Spielarten der Abduktion – die Abduktion *vom Resultat* her, die Abduktion v*on der Regel* her und die Abduktion *vom Fall* her.

48 Die erste Spielart ist „idealtypisch"[62] für die an einer äußeren „Natur" arbeitenden empirischen Wissenschaften, die zweite für die an Texten arbeitenden Geisteswissenschaften, die dritte für die an Verhaltensmaßstäben arbeitenden normativen Wissenschaften.[63]

Letztlich arbeiten aber, das erscheint mir am wichtigsten, *alle* Wissenschaften mit *allen* drei Spielarten. Auch die Naturwissenschaften interpretieren Daten, auch die Geisteswissenschaften entlarven Fälschungen, auch die Ethik stößt auf äußere Reali-

61 *Peirce*, Lectures, in: CP 5.181 (Fn. 1), deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 404.

62 Zum Begriff „Idealtypus": *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, Kapitel I § 1 I 6, auch 3 und 11: ein Sinnzusammenhang (!), den es in dieser reinen Form nur selten gibt, der vielmehr meist vermischt ist mit anderen Sinnzusammenhängen (Beispiel bei Weber unter 3: wirtschaftliches Handeln bei „Börsenpanik") oder der auch – so meine Ergänzung – in anderen Sinnzusammenhängen vorkommen kann, dort allerdings weniger häufig, weniger charakteristisch, kurz: weniger „typisch". – Zu dem hier verwendeten Begriff Sinnzusammenhang oben § 5 II Rn. 40-59.

63 Zum Folgenden bereits – und ausführlicher als hier – *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S.441, 445-475; kürzer dann *Lege*, Abduktion im System der Wissenschaften (Fn. 40), S. 93-110; *Joachim Lege*, Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner (Hrsg.), Subsumtion – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 259-280.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

täten (und gelegentlich auf Menschen, die sie leugnen, handele es sich nun um den Klimawandel oder um die biologische[64] Zweigeschlechtlichkeit).

a) Die Abduktion vom Resultat her (idealtypisch: Naturwissenschaft)

Bei der Abduktion vom Resultat her geht es, salopp gesagt, um ein fehlgeschlagenes Experiment, um etwas, das unserer bisherigen Erfahrung (*experience*) mehr oder weniger gründlich zuwiderläuft.[65] Wir sind daher gezwungen, uns eine neue Erklärung der – nicht zu leugnenden – Tatsachen zu überlegen. 49

Man sieht: Was eine Tatsache ist, ist immer schon eine Frage der Interpretation von Daten. Tatsachen sind, anders gewendet, in der Tat „Fakten" (*facts*), das heißt: etwas Gemachtes (lateinisch *facere* = machen). Interpretationen aber sind letztlich eine Sache von Vertrauen (man denke an das italienische *traduttore traditore*[66] oder daran, dass man manchmal „seinen Augen nicht traut"), so dass für ein gesundes Zusammenspiel von „Daten, Fakten, Interpretationen"[67] gilt: Tatsachen (Fakten) sind ein Ergebnis von Daten und Vertrauen.

Und bewusster *Fake* ist Vertrauensbruch.

Peirce' Lieblingsbeispiel waren insofern die Überlegungen Johannes Keplers (1571-1630) zur Umlaufbahn des Planeten Mars. Bis dato hatte man angenommen, dass die Planeten die Sonne auf Kreisbahnen umrunden. Leider stimmten die Daten, die Kepler von dem großen, höchst vertrauenswürdigen (!) Astronomen Tycho Brahe (1546-1601) erhalten hatte, damit nicht überein. Die neue – und gar nicht so fernliegende – Idee Keplers war nun: Es könnte sich um eine Ellipse handeln, genauer: um einen *Fall von* Ellipse, so dass die *Regel* der Ellipse – also ihre mathematische Formel – zu den Daten Tycho Brahes passen müsste. Kurz: 50

Resultat. – Die Daten der Marsumlaufbahn lauten ABC.
Regel. – Ellipsen lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.
Fall. – Also beschreibt die Marsumlaufbahn eine Ellipse.

* * *

Nun sieht man natürlich auf den ersten Blick, dass dieser „Dreisatz" nicht *ohne weiteres* funktioniert, denn er enthält nicht lediglich drei Begriffe, sondern **vier**: Marsbahn, Ellipse, XYZ und ABC. 51

Anders gewendet: Es *fehlt* offenbar etwas, nämlich der Übergang von den rohen Daten ABC zur Formel XYZ – wenn man so will: von der Beobachtung der „Lebenswelt" zu deren „Bewertung" als ein Fall von Ellipse. (Die Naturwissenschaften haben es also mit

64 Was natürlich (!) nicht heißt: streng „binär"! Es gab schon immer Zwischenformen (Zwitter, Hermaphroditen). – Bei „Hermaphroditen" muss man akustisch eine Trennung zwischen den ersten beiden Silben machen, ähnlich dem sogenannten Gender-Sternchen: Herm*aphroditen, denn es handelt sich um eine Kombination der beiden Gottheiten Hermes (der Götterbote, auch Gott der Kaufleute und der Diebe; auf Latein: Mercurius) und Aphrodite (die Göttin der Liebe und der Schönheit, auf Latein: Venus).

65 In der Psychologie spricht man – sehr ästhetisch! – auch von „kognitiver Dissonanz".

66 Wörtlich: Übersetzer = Verräter.

67 Dazu schon *Lege*, Abduktion im System der Wissenschaften (Fn. 40), S. 93-110 (110).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer ganz ähnlichen „Kluft“[68] zu tun wie die Rechtswissenschaft!) Wie geschieht nun dieser Übergang?

Nun, er geschieht in Gestalt der *Abduktion*, die, wie schon gesagt, ein *Zusammenschluss von Schlüssen* ist, nämlich diesen beiden:

(Vermutende) DEDUKTION

Regel. – Alle Daten der Marsumlaufbahn beschreiben eine Ellipse.
(salopp-ontologisch: Die Marsbahn „ist“ eine Ellipse.)
Fall. – Die Daten ABC sind Daten der Marsumlaufbahn.
Resultat. – *Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse.*

QUALIFIZIERENDE INDUKTION

Regel. – Ellipsen lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.
Resultat. – Die Daten ABC lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.
Fall. – *Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse.*

Dieser Zusammen-Schluss wird möglich, weil *ein* Satz in *beiden* Schlüssen vorkommt (es ist zugleich der Satz, der die „Kluft“ überwindet): „Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse“.

* * *

52 So dass man beide Schlüsse auch zu einem einzigen Syllogismus mit fünf Sätzen komprimieren kann (es ist dann ein Schluss von den Resultaten [Daten] und den Fällen [Fakten] auf die Regel):

ABDUKTION

Resultat. – Die Daten ABC sind Daten der Marsumlaufbahn.
Fall. – *Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse.*
Erläuterung: Die Daten ABC lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.
Regel. – Alle Daten der Marsumlaufbahn beschreiben eine Ellipse.
Erläuterung: Ellipsen lassen sich mit der Formel XYZ beschreiben.

53 Es ist frappierend, wie sehr dies an den vollständigen rhetorischen Syllogismus erinnert (Epicheírema, s.o. § 2 Rn. 21-22).

Und es fällt auf: Der Satz, der zweimal vorkommt und dadurch beide Ausgangssyllogismen zusammenschließt – „Aha! Die Daten ABC beschreiben eine Ellipse“ –, ist in der Abduktion der *Fall*. Vielleicht hat Wittgenstein an so etwas gedacht, als er schrieb: „Die Welt ist alles, was der Fall ist.“[69]

b) Die Abduktion von der Regel her (idealtypisch: Geisteswissenschaft)

54 Aber nun zur Abduktion „von der Regel her“, wie sie für die Geisteswissenschaften typisch, genauer: „idealtypisch“[70] ist! Diese Wissenschaften finden als Datum einen *Text* vor, der vermutlich etwas bedeutet, es fragt sich nur: Was? Und in welchem Sinnzusammenhang (zum Begriff siehe oben § 5 Rn. 40-59)?

68 Dass es diese Kluft nur scheinbar gibt (also „nicht wirklich“): § 5 II Rn. 43, 47-49.

69 *Ludwig Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung (1921), Frankfurt a.M. 1963 (zahlreiche weitere Ausgaben), Ziffer 1.

70 Siehe Fn. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Man nehme den gerade erwähnten Satz „Die Welt ist alles, was der Fall ist." Oder den Satz „Auge um Auge, Zahn um Zahn" – was will uns das sagen? Nun, er bedeutet vor allem: *Begrenzung* (!) der Rache, Verbot der Eskalation.[71]

Derartige Texte wollen wir als die „Regel" bezeichnen, deren Sinn es zu ermitteln oder wenn man will: zu „verstehen"[72] gilt. Anders gewendet: Deren Sinn man *begreifen* will. (Wie hatte schon Kant gesagt: „Der Begriff vom Hunde bedeutet eine Regel."[73])

* * *

Als Beispiel wollen wir im Folgenden einen Text aus der Bibel nehmen, einen Text, der den unbefangenen Leser durchaus überraschen dürfte. Jesus Christus spricht: 55

„Es ist leichter, dass ein Kamel durch ein Nadelöhr geht, als dass ein Reicher ins Reich Gottes komme."[74]

Was, um Himmels willen, hat ein Kamel mit einem Nadelöhr zu tun?

Nun, eine erste Hypothese könnte lauten: Das Kamel soll gar nicht durch ein echtes Nadelöhr gehen, sondern durch eine kleine Pforte in der Stadtmauer Jerusalems, die im Volksmund „das Nadelöhr" heißt – und für Kamele zu klein ist. Soweit ich weiß, ist eine solche Theorie durchaus vertreten worden. Aber ist es wahrscheinlich, dass ein Text, der universal gelten will, so viel Ortskenntnis voraussetzt?

Also kann man wohl besser vermuten: Es darf beim „Nadelöhr" bleiben, man muss aber beim „Kamel" genauer hinschauen. Handelt es sich vielleicht um eine falsche Übersetzung? Vielleicht muss man es *anders übersetzen*? 56

Dieses „anders übersetzen" ist, wie im Bohnenbeispiel der „andere Sack" (oben I 3 c), das „wirklich Neue".

* * *

Sodann könnte man in einem Altgriechisch-Lexikon[75] suchen und dort finden: Das griechische Wort *kámēlos* oder *kámilos* kann nicht nur „Kamel" bedeuten, sondern auch „Schiffstau". So dass man seine Vermutung nun in zwei (diesmal nicht kategorisch, sondern hypothetisch formulierten[76]) Schlüssen explizieren kann: 57

71 Ein Gegenbeispiel zeigt der Mafiafilm „Der Pate" (1972): Bringt ihr zwei von uns um, bringen wir zehn von euch um.

72 Zur Erklären-Verstehens-Kontroverse siehe oben § 1 Rn. 8.

73 *Immanuel Kant*, KrV B 181 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, S. 181; die 1. Auflage wird mit „A" zitiert); zitiert nach der Studienausgabe, Stuttgart 1985.

74 *Matthäus* 19, 24; *Markus* 10, 25; *Lukas* 18, 25. – Matthäus (Kürzel: Mt), Markus (Mk), Lukas (Lk) und Johannes (Joh.) sind die vier „Evangelisten", die in der Bibel in unterschiedlichen Versionen („Evangelien") das Leben und Wirken des Jesus Christus berichtet haben; zitiert wird nach Kapitel und Vers, z.B. 19, 4. – „Evangelium" kommt von altgriechisch *eu* (= gut) und *angelía* (= die Botschaft); ein Engel ist ein [Götter-] Bote).

75 Das Neue Testament ist in altgriechischer Sprache überliefert.

76 Zur Gleichwertigkeit dieser beiden Formulierungen § 5 III Rn. 96-100.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Vermutende) DEDUKTION

Regel. – Wenn man das Wort „Kamel" durch ein anderes ersetzt, ergibt der Text einen besseren Sinn.
Fall. – Das Wort „Kamel" kann durch ein anderes Wort ersetzt werden.
Resultat. – Der Text ergibt einen besseren Sinn.

QUALIFIZIERENDE INDUKTION

Regel. – Wenn es eine andere Übersetzung für das griechische Wort *kámēlos* gibt, kann das Wort „Kamel" durch ein anderes Wort ersetzt werden.
Resultat. – Das Wort „Kamel" kann durch ein anderes Wort ersetzt werden.
Fall. – Das griechische Wort *kámēlos* kann mit dem anderen Wort „Schiffstau" übersetzt werden.

Auch hier wird nun der Zusammen-Schluss beider Syllogismen dadurch möglich, dass *ein* Satz in *beiden* Schlüssen vorkommt, der Satz: „Das Wort ‚Kamel' kann durch ein anderes Wort ersetzt werden".

* * *

58 Folglich kann man auch hier beide Schlüsse zu einem fünfgliedrigen Syllogismus zusammenfassen (es ist dann ein Schluss von der Regel über den Fall auf das Resultat):

ABDUKTION

Regel. – Wenn man das Wort „Kamel" durch ein anderes Wort ersetzt, ergibt der Text (vermutlich) einen besseren Sinn.
Erläuterung: Wenn es eine zweite Übersetzung für das griechische Wort *kámilos* gibt, kann das Wort „Kamel" durch ein anderes Wort ersetzt werden.
Fall. – Das Wort „Kamel" kann durch ein anderes Wort ersetzt werden.
Erläuterung: Das griechische Wort *kámilos* kann durch das andere Wort „Schiffstau" ersetzt werden.
Resultat. – Der Text ergibt (vermutlich) einen besseren Sinn.

59 Ob dieser neue Text dann *wirklich* besser passt, ist eine zweite Frage – letztlich eine Frage der Ästhetik und damit der Erfahrung mit den relevanten Sinnzusammenhängen (§ 5 Rn. 40-59). Man muss wissen, dass Nähgarn eine größere Ähnlichkeit mit Schiffstauen hat als mit Kamelen.

Bereits erwähnt haben wir: Ästhetik ist in ihrem Ursprung gar nicht die Lehre vom „Schönen", sondern die Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aisthánomai*).

* * *

60 Halten wir fest: Die Abduktion „von der *Regel* her" nimmt einen **Text** als das Datum, dessen Sinn zu erschließen ist. Sie sucht daher nach *Fällen* und *Resultaten*, die diesen Text „mit Leben füllen" – oder ihn, wenn er keinen Sinn ergibt, sogar korrigieren.

Bereits an dieser Stelle: So wie ich den Begriff „Regel" hier weit verstehe, so auch den Begriff „Text". Ein Text ist nicht nur ein sprachlicher Text, es kann auch eine Formel sein wie „$E = mc^2$" oder gar ein in der Natur vorkommender Text wie die Abfolge der vier Nukleotid-Basen Adenin (A), Cytosin (C), Guanin (G) und Thymin (T) in der DNA – sie bilden dort ja einen genetischen „Code", der durchaus etwas „bedeutet", z.B. ein „Gen".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bereits hier zudem die Beobachtung: Der menschliche Erkenntnisapparat neigt offenbar dazu, auch dort Texte zu erkennen, wo es gar keinen Text gibt. Bestes Beispiel sind die Sternbilder, sofern sie nicht nur der Orientierung dienen, sondern auch, wie in der Astrologie, herangezogen werden, um die Zukunft vorauszusagen oder den persönlichen Charakter zu bestimmen („ich bin halt ein Löwe").

Natürlich kann man darauf beharren, dass es dort *doch* einen Text und eine Bedeutung gibt. Ganz ebenso wie man leugnen kann, dass ein wirklicher Text in Wahrheit gar nicht existiert oder eine Fälschung ist.[77] Wie gesagt (Rn. 49): Fakten sind eine Frage nicht nur von Daten, sondern auch von Vertrauen.

c) Die Abduktion vom Fall her (idealtypisch: Normwissenschaft)

Wie wir gerade gesehen haben, ist idealtypisch[78] für die geisteswissenschaftliche Abduktion: Sie sucht bei gegebener Regel nach Fällen und Resultaten, um die *Bedeutung* der Regel zu klären. Demgegenüber ist typisch für die Abduktion in den „Normwissenschaften" – insbesondere in der Jurisprudenz –: Sie sucht für einen – neuen – *Fall* nach einer *Regel* und einem *Resultat*. 61

Dabei ist der Begriff „neu" natürlich relativ: Es kommt darauf an, wie viele Fälle man schon gesehen hat, wie groß, mit anderen Worten, die Fallerfahrung ist. Ein Studienanfänger tappt häufiger im Nebel als ein gestandener Bundesrichter (hat dafür aber vielleicht Ideen, auf die dieser wegen seiner *déformation professionelle* nicht mehr kommt).

* * *

Greifen wir zur Illustration wieder das Heimtücke-Beispiel auf! Also den folgenden Fall (dazu schon § 3 Rn. 16): 62

Der städtische Vollzugsbeamte A hatte seine Frau und seine Tochter, die er sehr liebte, getötet, um ihnen Schmach und Not zu ersparen. Er hatte hierzu den Gashahn geöffnet, als beide schliefen. Er wollte sich auf diese Weise auch selbst töten, wurde aber, anders als die beiden Frauen, gerettet.[79]

Nähert man sich diesem Fall mit dem damals vorhandenen rechtlichen Wissen, dann war auszugehen von § 211 Abs. 1 StGB – Strafgesetzbuch –, der damals wie heute lautete: „Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft."[80] Von dort aus ließ sich – deduktiv – schließen:

77 Das berühmteste Beispiel ist die sogenannte Konstantinische Schenkung. Dies ist eine Urkunde, in der angeblich der römische Kaiser Konstantin (ca. 280-337) dem Papst die Herrschaft über Rom und Italien übertragen hatte. Die Fälschung wurde von dem Rhetoriker (!) Lorenzo Valla (1406-1457) aufgedeckt; zu Valla, dem *enfant terrible* der Renaissance, in einem anderen Kontext *Joachim Lege*, Freiheit und Würde bei Lorenzo Valla (1405/06–1457), in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste (Hrsg.), Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance, Tübingen 2008, S. 141-158.

78 Siehe Fn. 62.

79 BGHSt (GS) 9, 385.

80 Zur Skandalosität dieser Formulierung bereits oben § 5 III Rn. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel. – Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
Fall. – A ist ein Mörder.
Resultat. – A wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

Aber war A wirklich ein „Mörder"?

Insoweit half und hilft § 211 Abs. 2 StGB weiter, indem er definiert:

> „Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet."

63 Einschlägig war nur das Mordmerkmal „Heimtücke", definiert als „Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers", was wiederum vorliegt, wenn das Opfer „sich keines Angriffs versieht" – hier die Frau F und die Tochter T, eben weil sie schliefen. Auf dieser Basis konnte man – induktiv – schließen (Subsumtion, siehe schon § 3 Rn. 8 und oben Rn. 40-43):

Regel. – Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt.
Resultat. – A hat die Arg- und Wehrlosigkeit der F und der T ausgenutzt.
Fall. – A hat heimtückisch gehandelt.

So dass man am Ende im Wege des Justizsyllogismus deduktiv schlussfolgern konnte.

Regel. – Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
Fall. – A hat heimtückisch getötet.
Resultat. – A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

* * *

64 Dieses Ergebnis hat nun offenbar den Richtern am BGH nicht gefallen: Der A ist durch den Verlust von Frau und Tochter, die er so sehr liebte, doch schon genug gestraft! Jedenfalls so sehr, dass man ihn nicht lebenslang hinter Gitter stecken sollte!

Kurz: Die Richter *wollten* offenbar, dass entgegen dem ersten Anschein *kein Fall* von Mord vorliegt. Folglich mussten sie eine neue *Regel* finden (oder er-finden?), aus der sich ein neues *Resultat* ergab. Diese gesuchte Regel enthielt – damals wie heute – § 212 StGB: „Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft." Aber wie kommt man dahin, dass der A „kein Mörder" ist? Nun, man muss wohl – im Wege der Abduktion – den Begriff „Heimtücke" *anders auslegen*.

> Dieses „anders auslegen" ist, wie der „andere Sack" im Bohnenbespiel und die „andere Übersetzung" im Kamelbeispiel, das *wirklich* Neue. Oder vielleicht besser: Es *führt* zum wirklich Neuen.

* * *

65 Das wirklich Neue, das die BGH-Richter in diesem Fall fanden (oder er-fanden?), war nun dies: Im Begriff „Heimtücke" stecke so etwas wie eine „feindliche Willensrichtung" des Täters – eben etwas nicht nur Heimliches, sondern „Tückisches". Und diese Feind-

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seligkeit könne man einem liebenden Menschen doch nicht „zusinnen“[81]. So dass man nun, nach wie vor ausgehend vom § 211 StGB, auf die folgenden sogar *drei* Syllogismen schließen konnte:

(Vermutende) DEDUKTION[82]

Regel. – Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
Fall. – A hat *nicht* heimtückisch getötet.
Resultat. – A ist *nicht* mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

QUALITATIVE INDUKTION

Regel. – Heimtücke ist das Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung.
Resultat. – A hat *nicht* in feindlicher Willensrichtung gehandelt.
Fall. – A hat *nicht* heimtückisch gehandelt.

(Weitere vermutende) DEDUKTION

Regel. – Wer einen Menschen liebt, handelt nicht in feindlicher Willensrichtung.
Fall. – A hat die F und die T geliebt.
Resultat. – A hat *nicht* in feindlicher Willensrichtung gehandelt.

* * *

Und weil nun ein *erster* Satz in den ersten beiden Syllogismen erscheint („A hat *nicht* heimtückisch getötet“) und ein *weiterer* Satz in den beiden zweiten Syllogismen („A hat nicht in feindlicher Willensrichtung gehandelt“), lassen sich die *drei* Schlüsse mit ihren **fünf** Begriffen[83] – doppelt abduktiv – zu einem erweiterten fünfgliedrigen Syllogismus zusammenschließen: 66

DOPPELTE ABDUKTION

Fall. – A hat *nicht* heimtückisch getötet.
  Neues Resultat: A handelte nicht in feindlicher Willensrichtung,
    Weitere Regel: Wer einen anderen Menschen liebt, handelt nicht feindselig.
      Dazu der Fall: A hat die F und die T geliebt.
Regel. – Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
  Erläuterung: Heimtücke ist das Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung.
Resultat. – A ist *nicht* mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

* * *

Dies, so kann man sagen, ist die annähernd vollständige Beschreibung einer ganz normalen juristischen „Subsumtion“. Und es dürfte sich gezeigt haben: 67

All dies ist **durch und durch** eine Sache der **Logik**.

---

81 So würde *Michael Potacs*, Rechtstheorie, 2. Aufl., Stuttgart 2019, es formulieren (siehe etwa S. 52, 99).

82 Achtung: Dieser Schluss ist nur zwingend, wenn man den Konditionalsatz als Bikonditional interpretiert (siehe § 5 III Rn. 115 f.): Immer, *aber auch nur wenn* Heimtücke vorliegt, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

83 „Täter A“ – „Heimtücke“ – „lebenslange Freiheitsstrafe“ – „feindliche Willensrichtung“ – „lieben“.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Abduktionen auf zwei Ebenen

68 Mir ist bewusst: Die vorangegangenen Überlegungen waren gewiss ein wenig mühsam, und wahrscheinlich enthalten sie nicht die bestmögliche Darstellung des abduktiven Schlussfolgerns.[84] Nichtsdestoweniger sollte klar geworden sein: Auch das wertende und auch das kreative Denken – wenn es denn ein Denken ist und nicht „Emotion pur" – geschieht immer schon in einem Geflecht von Schlussfolgerungen.

> Oder wenn man will: in einem logischen Kontinuum, in einem Kontinuum des Schlussfolgerns.[85]

Um nun zu zeigen, dass dieses Kontinuum auch in der Lage ist, verschiedene „Welten" miteinander zu verbinden – so dass die Rede von einer „Kluft" zwischen Recht und Lebenswirklichkeit wenig Sinn ergibt –, wollen wir noch eine letzte Unterscheidung treffen: die Unterscheidung von qualifizierten und qualifizierenden Abduktionen. Wir werden ihr dann gleich bei der juristischen Subsumtion wiederbegegnen (§ 9).

a) Qualifizierte Abduktionen

69 Die qualifizierten Abduktionen bleiben gewissermaßen auf der abstrakten Ebene des Begriffs: Es ist kein Fall von Mord, *aber es könnte ein Fall von Totschlag sein*. „Dann müsste" dessen Tatbestand erfüllt sein. Oder: Die Marsbahn ist kein Kreis, *es könnte aber eine Ellipse sein*. „Dann müsste" auf sie die Formel XYZ anzuwenden sein. Kurz: Es wird statt des Begriffs, der nicht passt, ein **neuer Begriff** ins Spiel gebracht.

> Nebenbei zum „Dann müsste": Im Rahmen der sogenannten Gutachtentechnik wird unschuldigen Jura-Studenten seit jeher diese unsägliche Formulierung eingebleut.
>
> Beispiel (nicht zur Nachahmung empfohlen):
>
> > „A könnte sich wegen Mordes strafbar gemacht haben. *Dann müsste* er einen Menschen grausam getötet haben. Hier könnte A „grausam" gehandelt haben. *Dann müsste* er dem B körperliche oder seelische Schmerzen zugefügt haben, die über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgingen. Im vorliegenden Fall hat A …"
>
> So darf man doch nicht formulieren! Es geht doch auch anders:
>
> > „A könnte sich wegen Mordes strafbar gemacht haben. In Betracht kommt eine Verwirklichung des Mordmerkmals „grausam". „Grausam" ist die Tat, wenn der Täter dem Opfer körperliche oder seelische Schmerzen zufügt, die über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgehen. Im vorliegenden Fall hat A …"

b) Qualifizierende Abduktionen

70 Demgegenüber schließen *qualifizierende* Abduktionen in *einem* **Begriff** *zwei* Wirklichkeiten oder auch Welten oder am treffendsten: zwei **Sinnzusammenhänge** (§ 5 Rn. 40-59) zusammen. Die Daten ABC – als ein Text, den wir zu Grunde legen –

84 Weitere Versuche aus meiner Feder sind nachgewiesen in Fn. 63; siehe auch *Joachim Lege*, Die Realität des Rechts ist der Fall. 56 ketzerische Thesen im Geist des Pragmatismus, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2019, S. 416-429 (420 f.).

85 *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S. 123-127, 205 f., 463, 475-476 und öfter.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind nicht nur Daten der *Marsumlaufbahn*, sondern liegen auch auf einer *Ellipse*, die sich nun wieder mit der Formel XYZ beschreiben lässt. Kurz: Wir haben den Begriff „Ellipse" als mathematische Formel und als reale Planetenbahn. Und die Abduktion führt beides zusammen, indem sie die Daten ABC als die *eine* Repräsentation dieser *beiden* Sinnzusammenhänge interpretiert.

Wir werden sogleich sehen, dass bei der juristischen „Subsumtion", diesem Fetisch der Juristenausbildung, ganz Entsprechendes passiert (§ 9).

4. „Die Welt steckt voller Abduktionen"

Die vorangegangene Darstellung des abduktiven Schlussfolgerns dürfte plausibel gemacht haben, dass unser menschliches Denken (und sicher auch schon das von Tieren) durch und durch schlussfolgernd geschieht. Wir stehen dauernd vor neuen Problemen („irgendwas ist immer") und müssen dauernd neue Lösungen finden – mehr oder weniger kreativ. 71

Daher ist Peirce' Ellipsenbeispiel vielleicht gar nicht so *striking*, wie er selbst es empfunden hat. Spektakulärer wären als Beispiel: Der deutsche Chemiker August Kekulé (1829-1896) soll auf die Struktur des Benzolrings gekommen sein, nachdem er von einer Schlange geträumt hatte, die sich in den Schwanz beißt. Der russische Chemiker Dmitri Mendelejew (1834-1907) soll die Entdeckung des Periodensystems der chemischen Elemente seiner Liebe zu Patiencen verdankt haben, also einem Solo-Kartenspiel, bei dem man Karten in senkrechten Reihen anordnet.

Und wenn ich so persönlich werden darf: Ich selbst verdanke meine juristische Idee zur Abgrenzung von „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums" und „Enteignung" (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Art. 14 Abs. 3 GG – Grundgesetz) dem mittelalterlichen Universalienstreit (oben § 4 Rn. 2), so wie Peirce ihn einmal formuliert hat: „Folglich ist ein Gegenstand im Allgemeinen genauso real wie im Konkreten". Dies kann man fortdenken zu: „Ein Begriff kann nicht im Allgemeinen etwas anderes sein als im Besonderen."[86] Also kann auch nicht ein *Gesetz*, das „Inhalt und Schranken des Eigentums" bestimmt, im *Einzelfall* in eine „Enteignung", wie man gesagt hat, „umschlagen".[87]

86 *Charles Sanders Peirce*, Rezension von Frasers Ausgabe der Werke von George Berkeley (1871), in: CP 8.14 (Collected Papers vol. 7-8, Cambridge/Massachusetts 1958, Band 8, Paragraph 14); deutsch in: Schriften (Fn. 1), S. 118.

87 *Joachim Lege*, Enteignung und „Enteignung", in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, S. 864–872; *Joachim Lege*, Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums", Berlin 1995, S. 18 f. mit weiteren Nachweisen. – Näheres § 20 I.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

72 Daher lässt sich nun abschließend – und substantiierter[88] als zu Beginn (§ 3 Rn. 25-27) – sagen: Die Welt steckt voller Abduktionen.[89] Und es arbeiten auch und insbesondere in den Wissenschaften stets alle drei Spielarten der Abduktion zusammen: die Abduktion von der Regel her, die Abduktion vom Fall her und die Abduktion vom Resultat her.

IV. Resümee

73 Die hier entworfene neue Syllogistik – Deduktion, Induktion, Abduktion – hatte zum Ziel: Es geht in unserem Denken immer mit rechten Dingen zu, nicht mit höherer Einsicht oder privilegierter Erkenntnis „außerhalb der Logik". Wir können *prinzipiell* jede Erkenntnis logisch nachvollziehen – und dass wir es *aktuell* nie bis zum letzten Grund können, liegt an zweierlei: Erstens sind wir niemals sicher, über die Welt „da draußen" vollständig informiert zu sein. Zweitens sind wir auch über uns selbst niemals vollständig informiert, genauer: bewusst informiert. Wir leben in Automatismen und Träumen, in guten und schlechten Gewohnheiten, und „bewusst denken" ist etwas, das wir vielleicht viel weniger tun, als wir glauben. Für diesen Bereich des *bewussten* Denkens dürfte es aber hilfreich sein zu sehen, wie sehr auch jenseits der deduktiven (zwingenden) Logik logisch geschlussfolgert wird – jenseits jener Logik also, die uns (und den herkömmlichen Juristischen Methodenlehren) oft so fürchterlich trivial erscheint.

74 Und dass sich die Geltung der deduktiven Logik pragmatistisch mit Hilfe der nichtdeduktiven Logik begründen lässt – in einem **großen**, konvergenztheoretischen **Konjunktiv** (oben Rn. 28-31) – das ist für eine rechtswissenschaftliche Arbeit ein ganz hübscher Nebenbefund.

88 Mit „Substantiierung" bezeichnet man im Juristischen die Aufgabe, zu einem Rechtsbegriff die ausreichenden Tatsachen vorzutragen (zur sogenannten Relationstechnik unten § 22). Wer aus einem Kaufvertrag den Kaufpreis einklagt, muss behaupten und notfalls beweisen, dass wirklich ein Vertrag geschlossen wurde – mit zwei übereinstimmenden Willenserklärungen des Käufers und des Verkäufers. „Willst du das Auto jetzt haben?" „Klar". Wie gut, wenn man dafür dann einen Zeugen hat! – Verträge können, wenn es sich nicht gerade um Grundstücke oder Erbschaften oder ein paar andere Dinge handelt, auch mündlich geschlossen werden.

89 *Lege*, Pragmatismus (Fn. 4), S. 474 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 7 Zusammenfassung zu Kapitel 1

Wir wollen die §§ 4 bis 6 in einer Übersicht[1] und in 15 Thesen kurz zusammenfassen.

I. Übersicht zur allgemeinen working logic

A. Logik als Lehre von der Folgerichtigkeit (Konsequenz)

Insbesondere: Folgerichtigkeit des Handelns

B. Die Bestandteile der Logik und deren Potential

1. Begriffe: Klarheit
2. Aussagen („Urteile", Sätze): Wahrheit bzw. Richtigkeit
3. Schlussfolgerungen („Schlüsse", Syllogismen): Begründung

C. Die Syllogistik

1. Zwingende Schlüsse: Deduktionen
   Kategorisch oder hypothetisch formuliert: kein Unterschied
   Beispiel: Sokrates (Modus Barbara)
   Beispiel: „Immer wenn es regnet" (Modus ponens)
2. Vermutende Schlüsse: Induktionen
   Das Bohnenbeispiel von Peirce
   a) Quantitative Induktion: Generalisierung, Verallgemeinerung
      Beispiel: Positive Forderungsverletzung
   b) Qualitative Induktion: Klassifizierung, Konkretisierung, „Subsumtion"
      Beispiel: Heimtücke
3. Kreative Schlüsse: Abduktionen
   Abduktionen als Zusammenschluss von Schlüssen
   a) Drei Spielarten der Abduktion
      aa) Die Abduktion vom Resultat her (idealtypisch: Naturwissenschaft)
         Beispiel: Die Daten der Marsumlaufbahn
      bb) Die Abduktion von der Regel her (idealtypisch: Geisteswissenschaft)
         Beispiel: Das Kamel und das Nadelöhr
      cc) Die Abduktion vom Fall her (idealtypisch: Normwissenschaft)
         Beispiel: Heimtücke
   b) Zwei Ebenen der Abduktion
      aa) Qualifizierte Abduktion
         Einführung eines neuen Begriffs
      bb) Qualifizierende Abduktion
         Zusammenschluss von Sinnzusammenhängen

D. Zusammenfassendes Schema

1 Man erinnere sich an die letzte Regel in Descartes' „Discours de la méthode" (1637), s.o. § 1 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Thesen zur allgemeinen working logic

1. Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit – nicht nur des Denkens, sondern letztlich: des Handelns.

   Und die Logik ist ebenso „in uns" (in unserem Denken) wie wir „in der Logik" sind – sofern wir dabei ihren Gesetzen folgen.

2. Das, worin die Logik lebt und arbeitet (*working logic*), sind Schlussfolgerungen.

   Schlussfolgerungen bestehen aus mindestens zwei Prämissen (vorausgesetzten Sätzen) und einer Konklusion (Folgerung).

3. Die Logik umfasst nicht nur zwingende Schlussfolgerungen (Deduktionen), sondern auch bloß vermutende Schlussfolgerungen (Induktionen) und kreative Schlussfolgerungen (Abduktionen).

   Deduktion: Alle Schwäne sind weiß, S ist ein Schwan, S ist weiß.
   Induktion: S ist weiß, S ist ein Schwan, alle Schwäne sind weiß.
   Abduktion: S sieht aus wie ein Schwan, S ist aber schwarz, S gehört zu einer anderen Art.

4. Eine klassische Einteilung der Logik lautet: Begriffe – Aussagen – Schlussfolgerungen. (Im Originalton: „Begriff – Urteil – Schluss").

   Das Potential von Begriffen ist: Klarheit; von Aussagen: Richtigkeit, insbesondere Wahrheit; von Schlussfolgerungen: rationale Begründung.

5. Begriffe, Urteile und Schlüsse sind gleichsam verschiedene Aggregatzustände von Erkenntnis.

   „Begriffe und Urteile können ebenso in Schlüssen expliziert wie Schlüsse zu Urteilen und Begriffen kondensiert werden" (Habermas).[2]

6. Die Bedeutung von Begriffen liegt in ihren praktischen Konsequenzen.

   „Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object" (Peirce).[3]

7. „Werturteile" liegen nicht außerhalb der Logik. Vielmehr sind „Wertungen" die ersten Prädikate in normativen Aussagen („Sollenssätzen"). Mit ihrem Eintritt in eine Aussage beginnt der Weg vom Unbewussten ins Bewusste und Rationale.

   Empörung ist eine Wertung. Die Aussage „Dies dort empört mich", führt rational weiter, nämlich zur Frage: Warum?

---

2 *Jürgen Habermas*, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 155.

3 *Charles Sanders Peirce*, How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.402 (Collected Papers, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 402); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 195: „Bedenke, welche Wirkungen, die vorstellbarerweise praktische Relevanz haben, wir uns an dem Gegenstand unserer Vorstellung vorstellen. Dann ist unsere Vorstellung dieser Wirkungen das Ganze unserer Vorstellung vom Gegenstand." Wenn wir wissen, wie Kraft *wirkt*, wissen wir alles darüber, was Kraft *ist*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

8. „Werturteile" sind mithin das normative Pendant zu „Wahrnehmungsurteilen" in deskriptiven (beschreibenden) Aussagen. Dort sind „Wahrnehmungen" die ersten Prädikate.

Angst ist eine Wahrnehmung. „Dies dort macht mir Angst" führt rational weiter.

9. Man kann daher sagen: Der Bereich der Logik erstreckt sich von den ersten Wahrnehmungen oder Wertungen bis hin zum Handeln, genauer: zur Überzeugung, wie man zu handeln hat.

„The elements of every concept enter into logical thought at the gate of perception and make their exit at the gate of purposive action; and whatever cannot show its passport at those two gates is to be arrested as unauthorized by reason" (Peirce).[4]

10. Was dazwischen liegt, sind: Schlussfolgerungen, Schlussfolgerungen, Schlussfolgerungen.

Genauer: Deduktionen, Induktionen, Abduktionen (These 3).

11. Auch Kreativität liegt nicht außerhalb der Logik – jedenfalls dann nicht, wenn das Denken auf eine praktische Konsequenz hinauslaufen soll.

Wer allein zum Vergnügen denkt (Emotion pur!) oder um auf andere herabzuschauen, mag das anders sehen.

12. Kreativität im Denken besteht vielmehr darin, mehrere Schlussfolgerungen zusammenzuschließen. Je weiter diese Schlussfolgerungen auseinanderliegen, umso kreativer ist die neue Idee.

Natürlich können diese Schlussfolgerungen zuerst in der Form – oder wenn man will: im Aggregatzustand – eines Begriffs ins Denken eintreten (siehe These 5): z.B. „Ellipse", wenn Kepler an den Mars denkt; oder „Schiffstau", wenn das Kamel durchs Nadelöhr geht; oder „feindselig", wenn es um Heimtücke geht.

13. Die einzige Funktion des Denkens ist: eine Überzeugung zu gewinnen, wie zu handeln ist.

Ob das Denken sich dabei von der Logik leiten lässt, ist eine Frage der Ethik.

14. Es gibt – vielleicht – Gefühle und Emotionen „außerhalb der Logik" (Thesen 7, 8, 11). Aber es gibt kein rationales Denken außerhalb der Logik.

Auch nicht im Juristischen. Erst recht nicht in Gestalt eines „wertorientierten" Denkens.

15. Wer meint, in der Jurisprudenz geschehe alles Wesentliche „außerhalb der Logik", macht sie wehrlos gegen Ideologie[5].

Beispiel: die Juristischen Methodenlehren (und überhaupt die Jurisprudenz) im und auf dem Weg zum Nationalsozialismus.

---

4 „Die Elemente jedes Begriffs treten in das logische Denken ein am Tor der Wahrnehmung, und sie gehen hinaus am Tor des bewussten Handelns; und was auch immer an diesen beiden Toren seinen Pass nicht vorzeigen kann, ist zu verhaften, weil nicht autorisiert von Vernunft" (meine Übersetzung). – *Charles Sanders Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903), in: CP 5.212 (Fn. 3); deutsch in: Schriften (Fn. 3), S. 420.

5 Ideologien ziehen zu weitgehende Schlüsse aus Begriffen – oder wenn man so will: aus Vorstellungen (*conceptions*, siehe These 6) –, etwa aus dem Begriff der Rasse oder der Nation.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 2: Die juristische „working logic“

Der Zweite Teil dieser Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) trägt den Titel: „Die Logik der Rechtserzeugung“. In seinem Ersten Kapitel haben wir die Grundzüge einer *allgemeinen* „working logic“ skizziert. Wir sind insoweit, nach kurzem Bekenntnis zu einem pragmatistischen Logikverständnis („Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit des Handelns“), den klassischen Weg vom „Begriff“ über die „Aussagen („Urteile“)“ hin zu den „Schlussfolgerungen“ („Schlüssen“, „Syllogismen“) gegangen. Dabei haben wir bereits Überlegungen eingebaut zum Verhältnis von Logik und Wertung („Wertungen sind erste Prädikate“) und zur Richtigkeit rechtlicher Aussagen (am Ende eine Frage der Ästhetik). 1

Im folgenden Zweiten Kapitel geht es nun um die *juristische* „working logic“. Dabei werden wir gewissermaßen den umgekehrten Weg gehen: von den juristischen Schlussfolgerungen („Vollständiger Juristischer Syllogismus“) über die Aussagen („Subsumtion“) hin zu den Rechtsbegriffen („Interpretation“). 2

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 8 Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS)

1 Beginnen wir wieder mit einem klassischen, aber anderen Beispiel (um das Heimtücke-Beispiel[1] nicht überzustrapazieren[2]) – es ist das berühmte Laepple-Urteil des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Der Sachverhalt lautet im Originaltext[3]:

> „Um gegen eine Preiserhöhung der Kölner Verkehrsbetriebe (KVG), die am 24. Oktober 1966 in Kraft treten sollte, zu protestieren, veranstaltete der „Arbeitskreis Kölner Hochschulen"(AKH), eine Vereinigung von Studenten und Schülern, an diesem Tage um 13.30 Uhr einen „Sitzstreik", durch den der Straßenbahnverkehr an zwei wichtigen Kreuzungspunkten innerhalb Kölns blockiert wurde. Während die eine dieser Demonstrationen um 14.30 Uhr beendet war, dauerte die andere planwidrig an, bis es schließlich zum Einsatz von Wasserwerfern und berittener Polizei kam. An der Vorbereitung und Durchführung der beiden Demonstrationen im vorgesehenen Rahmen waren der Angeklagte L. [Laepple] als Vorsitzender des AKH und der Angeklagte Lu. als Pressereferent des ASTA [sic] beteiligt. Die Anklage wirft dem Angeklagten L. gemeinschaftliche Nötigung, Beihilfe zum schweren Landfriedensbruch und zum schweren Aufruhr sowie einen Verstoß gegen die §§ 26 Abs. 2, 14 VersammlG [Versammlungsgesetz], dem Angeklagten Lu. Beihilfe zur Nötigung, zum schweren Landfriedensbruch und zum schweren Aufruhr vor."
>
> Das Landgericht hatte beide Angeklagte freigesprochen. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft hatte teilweise Erfolg.

2 Man sieht zunächst: Die Staatsanwaltschaft hatte gegen den L schwerstes Geschütz aufgefahren: Landfriedensbruch (§ 125 StGB – Strafgesetzbuch –) und Aufruhr (§§ 115, 114 StGB alter Fassung) – es ist beruhigend, dass der BGH diese Vorwürfe sehr deutlich zurückgewiesen hat: „Gewalttätigkeit im Sinne des § 125 StGB setzt aggressives Verhalten voraus" (Leitsatz 4). Stattdessen ging es nur noch um den Straftatbestand der Nötigung, der da lautet (heutige Fassung):

> **§ 240** (1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> (2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

3 Um das Bild abzurunden, bleibt erstens darauf hinzuweisen, dass auch noch andere Straftatbestände in Betracht kamen, wenn man den L nicht ungeschoren davonkommen lassen wollte: „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte", also die Polizisten (§ 113 StGB) und „Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr" durch das Bereiten eines Hindernisses (§ 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB).

4 Zweitens: Die sogenannte Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB ist im Strafrecht ein Unikat und rechtsstaatlich nicht ganz unproblematisch, denn auf wessen

---

1 Dazu schon § 3 Rn. 6–18 (16) und § 3 Rn. 25, 36–38; außerdem § 6 Rn. 43 f. und, als ein gewisser Abschluss, § 6 Rn. 62–67.

2 Zum Heimtücke-Beispiel auch schon *Joachim Lege*, Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner, Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 259–280 (insb. S. 262 f., 273); ferner *Joachim Lege*, Was leistet „die" juristische Methode (und Methodenlehre), in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–47 (insb. S. 25 f., 29, auch 45).

3 BGHSt 23, 46 (47 f.) – Laepple (1969) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 23, Seite 46 [Fundstelle]).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Wert-)Vorstellungen soll es bei der Verwerflichkeit ankommen? Die Frage stellt sich besonders bei „politischen" Sitzblockaden, wie sie in den 1980er Jahren vor den Lagern amerikanischer Atomraketen stattfanden („Pershing II", „Mutlangen") und jetzt in Berlin, wo sich Klimaschutzaktivisten mit Sekundenkleber auf die Fahrbahn von Autobahnen kleben. Sollen da die politischen Fernziele eine Rolle spielen?

Die Rechtsprechung sagt: nur bei der Strafzumessung (also auf der **Rechtsfolgen**seite).[4] Auf der **Tatbestands**seite sei allein abzustellen auf die sogenannte Mittel-Zweck-Relation: Ist das Mittel rechtswidrig? Ist es der „unmittelbare" Zweck (Fahrzeuge an der Weiterfahrt hindern)? Ist das Verhältnis beider zueinander angemessen?[5]

An dieser Stelle ist terminologisch nachzutragen (siehe aber auch schon § 3 Rn. 6): In der deutschen Jurisprudenz nennt man die verknüpfte Gesamtheit von Tatbestand und Rechtsfolge den „Rechtssatz". Anders gewendet: Rechtssätze bestehen aus Tatbestand und Rechtsfolge (mehr dazu § 14 Rn. 2).

Zu den aktuellen „Klimakleber"-Aktionen der sich selbst so bezeichnenden „Letzten Generation" gibt es mittlerweile eine Reihe von Rechtsprechung, u.a. hat das Amtsgericht Berlin-Tiergarten in einem Fall den Erlass eines Strafbefehls abgelehnt,[6] in einem anderen Fall eine Freiheitsstrafe von vier Monaten verhängt.[7] Die juristische Literatur neigt dazu, die „Verwerflichkeit" zu verneinen.[8]

I. Die ersten beiden Stufen des VJS

Aber bleiben wir beim zunächst Einfachen und fragen uns nur: Hat sich der L (Laepple) nach § 240 StGB strafbar gemacht? Und wie lässt sich dies begründen?[9] 5

4 BGHSt 35, 270 – Munitionslager Großengstingen (1988). Die „Lehre" (= die Meinungen in der akademischen Rechtswissenschaft) sieht es erheblich differenzierter und hält § 240 Abs. 2 ohnehin für problematisch: wegen der Verwandtschaft der „Verwerflichkeit" mit dem „gesunden Volksempfinden" im Nationalsozialismus; siehe etwa *Lutz Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch (Kommentar), 2. Aufl., München 2020, § 240 Rn. 57, 61 (und auch alles drumherum).

5 Knapp dazu *Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf*, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch (Kommentar), 9. Aufl., Baden-Baden 2022, § 240 Rn. 44–58.

6 Amtsgericht Berlin-Tiergarten, Beschluss vom 5.10.2022, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2023, 239; die Staatsanwaltschaft hat hiergegen Einspruch eingelegt.

7 Amtsgericht Berlin-Tiergarten, Urteil vom 26. 4.2023, BeckRS 2023, 13582 (Beck'sche Rechtssammlung).

8 Zuletzt *Till Zimmermann/Fabio Griesar*, Die Strafbarkeit von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten gem. § 240 StGB, in: Juristische Schulung (JuS) 2023, 401–408; siehe auch *Lutz Eidam*, Klimaschutz und ziviler Ungehorsam, in: Juristenzeitung (JZ) 2023, 224–230; anders *Nils Lund*, Zur Strafbarkeit der Straßenblockaden von Klimaaktivisten, in: NStZ 2023, 198–202. – Etwas skurril: *Ulrich Schumacher*, Die strafrechtliche Bewertung der „Letzten Generation", in: JuS 2023, 820–824, kommt ausgerechnet mit Bezug auf die Hermeneutik-Diskussion der 1970er Jahre (s.o. § 1 Rn. 10) zu der Bewertung, es handele sich bei der Letzten Generation um eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB.

9 Siehe dazu schon *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2008, S. 207–232.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Der sogenannte Justizsyllogismus

6 Nun, als sozusagen letzte Begründung, als Schlussstrich unter die Begründung, sollte alles auf den sogenannten Justizsyllogismus hinauslaufen (Kant bezeichnet ihn übrigens als „praktischen Vernunftschluss" und hängt an ihm nichts weniger als seine Gewaltenteilungslehre auf![10]). Dieser Schluss ist ein *deduktiver* Schluss, das heißt: wenn die beiden Prämissen (Regel und Fall) „richtig" sind, ist auch das Resultat notwendigerweise „richtig" (§ 6 Rn. 10). **Abstrakt** formuliert, lautet die Schlussfolgerung (siehe schon § 3 Rn. 6):

Regel. – Wenn der gesetzliche Tatbestand erfüllt ist, soll die Rechtsfolge X eintreten.
Fall. – Der gesetzliche Tatbestand ist erfüllt.
Resultat. – Also möge die Rechtsfolge X eintreten.

Noch abstrakter:

Wenn TB, dann RF.
Hier TB.
Also RF.

7 Inhaltlich-**konkret** gibt es dann freilich in unserem Fall zwei Möglichkeiten (der Gesetzeswortlaut wird vereinfacht zitiert):

Regel. – Wer einen Menschen mit Gewalt nötigt, ist zu bestrafen.
Fall. – L *hat* einen Menschen mit Gewalt genötigt.
Resultat. – L ist zu bestrafen.

Oder aber:

Regel. – Wer einen Menschen mit Gewalt nötigt, ist zu bestrafen.
Fall. – L hat einen Menschen *nicht* mit Gewalt genötigt.
Resultat. – L ist *nicht* zu bestrafen.

(Der „Mensch", der genötigt wird, ist natürlich der Straßenbahnfahrer, der nicht weiterfahren kann.)

8 Welcher dieser beiden Syllogismen ist nun aber der **richtige**? Offenbar derjenige, bei dem auch die beiden Prämissen „richtig" sind! Wie aber lässt sich dies jeweils begründen? Wenn schon nicht allein mit dem Ergebnis? Also nicht allein damit, dass wir den Laepple bestrafen *wollen* – oder eben auch nicht?[11]

Zur Vertiefung: Was die *Form* der beiden Syllogismen angeht, so haben wir gesehen (§ 5 Rn. 112–114), dass man die Form des ersten als *Modus ponens* bezeichnet.

Bei der Form des zweiten muss man hinzufügen: Sie ist dann *nicht* zwingend, wenn man glaubt, L komme mit dieser Schlussfolgerung um jede Bestrafung herum. (Man denke nochmals an das Beispiel: „Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken.

10 *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), Rechtslehre § 45; zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt a.M. 1977.

11 Nebenbei: Man kann unter den Menschen, was die Ethik angeht, die Willenstypen von den Erkenntnistypen unterscheiden. Die Willenstypen wissen, was sie wollen – und finden Gründe, warum dies richtig ist. Die Erkenntnistypen fragen danach, was richtig ist – und wissen deshalb oft nicht sofort, was sie wollen. Das ist gerade für Juristen keine triviale Beobachtung: Es ist nicht selbstverständlich – nicht einmal im Selbstverständnis vieler Juristen! –, dass man der Jurisprudenz überhaupt so etwas wie „Richtigkeit" – und damit ein „Erkenntnismodell" – zutraut.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es regnet nicht. Ich muss nicht an dich denken." – Doch! Auch wenn es nicht regnet!) Um zwingend zu sein, muss man also hinzufügen:

Regel. – Wer einen Menschen mit Gewalt nötigt, ist *wegen Nötigung* zu bestrafen.
Fall. – L hat einen Menschen *nicht* mit Gewalt genötigt.
Resultat. – L ist *nicht wegen Nötigung* zu bestrafen.

Der Schluss ist sogar aus einem weiteren Grund nicht zwingend: L könnte *auch dann* wegen Nötigung zu bestrafen sein, wenn ihm z.B. nur eine „Drohung mit einem empfindlichen Übel" vorzuwerfen wäre (§ 240 Abs. 1 Alternative 2 StGB). Ganz korrekt müsste man dies hinzufügen und zugleich klarmachen, dass dies dann *alle* denkbaren Bedingungen sind, kurz: 9

Regel. – Wenn, aber auch *nur wenn*[12] jemand einen Menschen mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu etwas zwingt, ist er *wegen Nötigung* zu bestrafen.
Fall. – L hat einen Menschen *weder* mit Gewalt *noch* durch Drohung zu etwas gezwungen.
Resultat. – L ist *nicht wegen Nötigung* zu bestrafen.

2. Der sogenannte Subsumtionsschluss

Nach allem liegt nun auf der Hand: Ob L wegen Nötigung – man sagt auch: „aus § 240 StGB" – zu bestrafen ist, hängt davon ab, ob er gegenüber den Straßenbahnfahrern „Gewalt" ausgeübt hat („Drohung" kommt nicht in Betracht). Und ob dies der Fall ist oder auch nicht, lässt sich wiederum logisch begründen. **Abstrakt** formuliert (siehe schon § 3 Rn. 8): 10

Die Tatbestandsvoraussetzung X ist gekennzeichnet durch die Merkmale M1, M2 und M3.
Die Tat des A ist gekennzeichnet durch die Merkmale M1, M2 und M3.
Also liegt ein Fall der Tatbestandsvoraussetzung X vor.

Noch abstrakter:

Alle X sind M1, M2 und M3.
A ist M1, M2 und M3.
Also gilt: A ist X.

Dass diese Schlussfolgerung ihrer **Form** nach *nicht zwingend* ist, haben wir schon gesehen (§ 3 Rn. 9).[13] Es handelt sich vielmehr um einen nicht-deduktiven Schluss, genauer: um eine qualifizierende Induktion (§ 6 Rn. 25–26, 40–42). 11

Kurz zur Wiederholung: Deduktionen sind zwingende Schlüsse, Induktionen sind vermutende Schlüsse, Abduktionen sind kreative Schlüsse.

Inhaltlich-konkret gab es nun in unserem Fall wieder zwei Möglichkeiten. Die erste stellte ab auf die bis dahin anerkannte Definition des Begriffs Gewalt, die da lautete: Gewalt ist das Einwirken auf einen anderen Menschen mit physischer Kraftentfaltung 12

12 Zu diesem sogenannten Bikonditional schon § 3 Rn. 7, § 5 III Rn. 115 f.

13 Daher, um Ermüdung zu vermeiden, nur in der Fußnote: „Alle Hühner haben zwei Beine. Sokrates hat zwei Beine. Also ist Sokrates ein Huhn."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(„Brachialgewalt“[14]). Dies war hier offenbar „nicht der Fall“, weil niemand die Fahrer festgehalten oder sonst tätlich bedrängt hatte. Also war hier zunächst zu schlussfolgern:

Regel. – Gewalt ist das Einwirken auf einen Menschen mit physischer Kraftentfaltung.
Fall. – L hat *nicht* mit physischer Kraftentfaltung auf einen Menschen eingewirkt.
Resultat. – L hat *keine* Gewalt angewendet.

13 Offenbar hatte dem BGH dieses Ergebnis aber nicht gefallen – ganz ebenso wie ihm im Heimtückefall (§ 3) das Ergebnis nicht gefallen hatte. Während man im Heimtückefall nun aber den Begriff „Heimtücke“ *enger* fasste, um den A nicht zu bestrafen (Heimtücke setzt zusätzlich voraus: „feindliche Willensrichtung“), fasste man im Laepple-Urteil den Begriff „Gewalt“ *weiter*, um den L zu bestrafen: Gewalt sei auch die Errichtung eines „physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung“[15]. So dass nun geschlussfolgert werden konnte:

Regel. – Gewalt ist (auch) die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.
Fall. – L *hat* ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung errichtet.
Resultat. – L *hat* Gewalt angewendet.

Denn: Es wurde ein Zwang ausgeübt, „der für den Fahrer sogar unwiderstehlich ist, denn er *muss* halten, weil er sonst einen Totschlag beginge“.[16]

3. Die Verschränkung beider Syllogismen

14 Bis hierhin ist, das sei zugestanden, noch nichts wirklich neu. Neu ist die Beobachtung, dass man die beiden Syllogismen – Justizsyllogismus und Subsumtionssyllogismus – ineinander verschränken kann, weil *eine* Aussage in beiden Syllogismen vorkommt, und zwar genau diejenige Aussage, die sich auf den konkreten Fall bezieht.[17] Durch diese Verschränkung wird erneut klar, dass juristische Begriffsbildung *immer schon*, und zwar *logisch*, vom Ergebnis her „denkt“ – wie sogleich zu zeigen ist:

a) Das Beispiel Sitzblockade: Nötigung/Gewalt – zwei Varianten des VJS

15 In der **Freispruchvariante** ist die Aussage, die in beiden Syllogismen vorkommt, die Aussage, dass L (Laepple) keine Gewalt angewendet hat. Daher können sich der Justizsyllogismus

14 Altgriechisch *brachíōn* ist der Arm (lateinisch *bracchium*).

15 So der BGH freilich nicht ausdrücklich, vielmehr ist dies die Formel, die dann zur neuen h.M. wurde. – Originaltext (BGHSt 23, 46 [46, Leitsatz e] – Laepple [1969]): „Mit Gewalt nötigt, wer psychischen Zwang ausübt, indem er auf den Gleiskörper einer Straßenbahn tritt und dadurch den Wagenführer zum Anhalten veranlaßt.“

16 BGHSt 23, 46 (54) – Laepple (1969).

17 Siehe dazu auch schon mit anderer Stoßrichtung, nämlich zur Entzauberung der „schöpferischen“ oder „kreativen“ Elemente bei der Rechtsfindung, oben § 6 Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel. – Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen.
Fall. – L hat *nicht* mit Gewalt genötigt.
./. Resultat. – L ist *nicht* zu bestrafen

und der Subsumtionssyllogismus

Regel. – Gewalt ist das Einwirken auf einen Menschen mit physischer Kraftentfaltung.
Fall. – L hat *nicht* mit physischer Kraftentfaltung auf einen Menschen eingewirkt.
./. Resultat. – L hat *keine* Gewalt angewendet

zusammenschließen zum Vollständigen Juristischen Syllogismus (Stufe 1):

Regel. – Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen.

Erläuterung: Gewalt ist Zwang durch physische Kraftentfaltung.

Fall. – L hat nicht mit Gewalt genötigt/hat keine Gewalt angewendet.

Erläuterung: L hat Zwang ohne physische Kraftentfaltung ausgeübt.

./. *Resultat.* – L ist nicht aus § 240 StGB zu bestrafen.

Dementsprechend bildet in der **Verurteilungsvariante** die Aussage, dass L (Laepple) im konkreten Fall durchaus „Gewalt" angewendet habe, das Zentrum des VJS (Stufe 1): 16

Regel. – Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen.

Erläuterung: Gewalt ist die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.

Fall. – L hat mit Gewalt genötigt/hat Gewalt angewendet.

Erläuterung: L hat ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung errichtet.

./. *Resultat.* – L ist aus § 240 StGB zu bestrafen.

b) Anschlussüberlegungen und Übergang zur dritten Stufe

(1) Zunächst nur zur Erläuterung: Die Klammer auf der linken Seite der beiden VJS verdeutlicht den *deduktiven* („Justiz"-) Syllogismus, der das „triviale"[18] Letztgerüst der Begründung abgibt. Die Klammer auf der rechten Seite verdeutlicht den *induktiven* Syllogismus, der in dieses Grundgerüst eingefügt wird, und zwar dergestalt, dass das *Resultat* dieses induktiven Schlusses – „L hat/hat nicht Gewalt angewendet" – zugleich den *Fall* jenes deduktiven Schlusses bildet. 17

18 Zum Trivium in der mittelalterlichen Universitätsausbildung oben § 2 Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass dieser fünfgliedrige Schluss an den Vollständigen rhetorischen Syllogismus erinnert (das sogenannte Epichirem, siehe § 2 Rn. 21–22), sei erneut am Rande erwähnt.

18 (2) Dieser Zusammenschluss zweier Schlüsse ist gemäß unserer Neuen Syllogistik (§ 6 III) eine **Abduktion**, also ein Schluss auf etwas Neues.

Dabei kann man sehr schön beobachten, dass „**neu**" ein relativer Begriff ist: Für denjenigen, der erstmals mit einem Sitzstreik zu tun hat, liegt die Kombination mit den Begriffen „Gewalt" und „Nötigung" je nach Sozialisation[19] vielleicht weniger nah (das ist doch eine „gewaltfreie Aktion"!) und ist ihm insofern *sehr* neu. Wenn auf der anderen Seite jemand, wie der BGH, mit der vorläufigen Subsumtion „keine Gewalt" nicht einverstanden ist, weil ihm das Endergebnis nicht passt, dann muss er sich etwas noch Neueres einfallen lassen, nämlich eine neue Definition von „Gewalt".

19 (3) Bei den Abduktionen, die wir bis hierher betrachtet haben, handelt es sich um *qualifizierte* Abduktionen (§ 6 Rn. 69), das heißt: Es wird ein *neuer Begriff* eingeführt, genauer: das (mehr oder weniger neue) Definiens des Begriffs „Gewalt".

Eine Definition besteht, um dies nachzutragen,[20] aus zwei Bestandteilen: dem „zu definierenden" (*Definiendum*, hier „Gewalt") und dem „definierenden" (*Definiens*, hier die Formeln „physische Kraftentfaltung" und/oder „psychische Zwangswirkung").

20 (4) Dieser „neue Begriff" ist über das Vehikel der *qualifizierenden* Abduktion (§ 6 Rn. 70) – und die Verschränkung, die er durch sie bewirkt – immer schon einbezogen in Kontexte, die letztlich in eine praktische Konsequenz münden: strafbar oder nicht strafbar.

Wir *können* daher, auch als Juristen, gar nicht anders denken als „vom Ergebnis her".

21 (5) Auffällig ist freilich: Bisher haben wir eher die Kontexte – oder wenn man will: die Sinnzusammenhänge (§ 5 Rn. 40–59) – des Rechts und der Sprache betrachtet. Völlig unterbelichtet geblieben ist dagegen die „Lebenswirklichkeit": die Studenten, der Sitzstreik, die Straßenbahner. Wie kommt man dazu, einen Moment dieser Lebenswirklichkeit als „Gewalt im Rechtssinn – Rechts-Sinn" zu qualifizieren? Ist nicht dies dann doch der Ort, wo nicht-logische „Wertungen" das eigentlich Entscheidende sind?

II. Die dritte Stufe des VJS

22 Im Folgenden ist ganz im Gegenteil zu zeigen, dass auch bei der Qualifikation eines Lebenssachverhalts als „rechtlich dies oder jenes" nicht höhere oder tiefere Einsicht wirken, sondern ganz normales logisches Schlussfolgern.

1. Die Einbindung des dritten Syllogismus

23 Beginnen wollen wir diesmal aber nicht im Kleinen, sondern gleich im Großen: nämlich bei dem Gesamtkunstwerk, dass sich ergibt, wenn auch der dritte Syllogismus in

19 … und den dadurch vermittelten Sinnzusammenhängen; zu diesem Begriff § 5 II Rn. 40–59.

20 Man hätte es schon in § 5 I erwähnen können. Stattdessen kommen wir ausführlich erst in § 15a Rn. 13–28 darauf zu sprechen: bei der „Auslegung" von Rechtsbegriffen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den VJS eingebaut wird. Dann kämen wir in der „Verurteilungsvariante" in etwa zu dieser Kombination:

DEDUKTION

Regel. – Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen.
Fall. – L hat mit Gewalt genötigt.
Resultat. – L ist aus § 240 StGB zu bestrafen.

QUALIFIZIERENDE INDUKTION

Regel. – Gewalt ist die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.
Resultat. – L hat ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung errichtet.
Fall. – L hat Gewalt angewendet.

(Weitere vermutende) DEDUKTION

Regel. – Wer an einer Sitzblockade teilnimmt, schafft ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung.
Fall. – L hat an einer Sitzblockade teilgenommen.
Resultat. – L hat ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung geschaffen.

2. Der Qualifizierungs- oder Konkretisierungsschluss (als Abduktion)

Die beiden letzteren Schlüsse ergeben nun – zusammengefügt – die folgende 24

QUALIFIZIERENDE ABDUKTION

Regel. – Gewalt ist die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.

Qualifizierung: Wer an einer Sitzblockade teilnimmt, schafft ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung.

Fall. – L hat ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung geschaffen.

Qualifizierung: L hat an einer Sitzblockade teilgenommen.

∴ *Resultat.* – L hat Gewalt angewendet.

Man sieht recht deutlich: In dieser Variante der Abduktion werden in **einem** Begriff – „Gewalt" – **zwei** Sinnzusammenhänge (§ 5 Rn. 40–59) zusammengeschlossen: das Recht und die Alltagswelt. Anders gewendet: Der Rechtsbegriff Gewalt und der Alltagsbegriff Sitzblockade werden zusammengefügt, und zwar auf durch und durch logischem Weg.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

25 Ich möchte diesen dritten Schluss, der sozusagen das Innerste des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) bildet, den **Qualifizierungssyllogismus**[21] nennen (ungenau wäre: Konkretisierungsschluss[22]): Ein Phänomen der Außenwelt[23] des Rechts wird interpretiert und qualifiziert als ein Phänomen seiner Innenwelt, nämlich unter dem Code[24] rechtmäßig/rechtswidrig. Ein Sitzstreik „ist/ist nicht" Gewalt im Sinn des § 240 StGB. *Tertium non datur*.[25]

Vielleicht kann man sogar sagen: Rechtsbegriffe – alle Rechtsbegriffe – sind „strukturelle Kopplungen" des Systems „Recht" mit seinen verschiedensten Umwelten.[26]

Zum Begriff „konkret": Er kommt vom lateinischen *concrescere*, das bedeutet „zusammenwachsen". Was aber wächst hier zusammen? Die Welt da draußen und das Denken hier drinnen? Die Sprache und die Dinge? „Words and Objects"[27]? Wir werden in Kürze sehen: Begriffsinhalt und Begriffsumfang (§ 9).

3. Zum Vorrang der Interpretation

26 Um einem möglichen Einwand zuvorzukommen: Natürlich muss man, *bevor* man zu der Aussage kommt:

„Eine Sitzblockade ist ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung",

... ein wenig weitere Begründungsarbeit geleistet haben. Beim „physischen Hindernis" wird man sich kürzer fassen dürfen – der BGH hat dieses Merkmal in der Laepple-Entscheidung gar nicht erst genannt,[28] es wurde erst später eingeführt, um wenigstens einige Fälle „psychischen Zwangs" der Strafbarkeit zu entziehen.

Umso mehr musste man sich mit dem „psychischen Zwang" beschäftigen, allerdings hat sich der BGH insoweit durchaus kurz gefasst. Der Originaltext lautet in voller Länge:

---

21 In den herkömmlichen Methodenlehren hat wohl nur *Hans Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg 1981, 3. Aufl. 1999, die „Qualifizierung" als Bestandteil – und sogar wichtigsten Bestandteil – der „Subsumtion" herausgestellt. Zur Subsumtion sogleicht mehr in § 9.

22 Zur Fragwürdigkeit des Begriffs „Konkretisierung" im juristischen Sprachgebrauch siehe unten § 15c Rn. 7–28 (27): Wer Konkretisierung sagt, will betrügen.

23 Oder wenn man mit Luhmann so will: aus der Umwelt des Rechts.

24 Dies in Anlehnung an *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, insbesondere Kapitel 4. – Nach Luhmann unterscheiden sich die „Funktionssysteme" der modernen – und nur der modernen! – Gesellschaft durch ihre jeweils andere binäre Codierung. Zum Beispiel operiert die Wirtschaft unter dem Code „haben/nicht-haben", das Recht unter dem Code „Recht/Unrecht" (besser wäre: „rechtmäßig/rechtswidrig"); die Politik: „Macht/Opposition"; die Wissenschaft: „wahr/unwahr"; und so weiter. Meine Darstellung und Interpretation: *Joachim Lege*, Niklas Luhmann und das Recht. Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft, in: Christina Gansel (Hrsg.), Zu Aspekten der Systemtheorie in den Fachwissenschaften, Göttingen 2011, S. 33–51.

25 Zum *tertium non datur* (etwas Drittes gibt es nicht) als dem dritten logischen Axiom siehe § 5 III Rn. 89. – Aber beachte am Rande: Das Recht kann auch entscheiden, ein Phänomen der Außenwelt als „rechtlich nicht relevant" zu qualifizieren – so im Zivilrecht die Gefälligkeitsverhältnisse oder im Öffentlichen Recht der USA die *political questions*.

26 Dies in Anlehnung an *Luhmann*, Recht der Gesellschaft (Fn. 24), Kapitel 10; die dort prägenden strukturellen Kopplungen sind: Eigentum und Vertrag für die Systeme „Recht" und „Wirtschaft", die Verfassung des Staates für die Systeme „Recht" und „Politik".

27 Berühmtes Buch: *Willard Van Orman Quine*, Word and Object, Cambridge/Mass. 1960.

28 Siehe Fn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Dieser Bewertung [als Gewalt] steht nicht entgegen, daß die Studenten die Straßenbahn nicht durch unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte aufhielten, sondern nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen *psychisch* determinierten Prozeß in Lauf setzten. Entscheidend ist hierbei, welches *Gewicht* der von ihnen ausgeübten psychischen Einwirkung zukam. Ob das Anbinden eines Hundes auf den Geleisen, um ein Beispiel der Verteidigung aufzugreifen, ausreichen würde, weil hier einem Weiterfahren nur psychische Hemmungen weit geringeren Gewichts entgegenwirken, kann dahinstehen. Stellt sich ein *Mensch* der Bahn auf den Schienen entgegen, so liegt darin die Ausübung eines Zwanges, der für den Fahrer sogar unwiderstehlich ist; denn er *muß* halten, weil er sonst einen Totschlag beginge. Durch den gleichzeitigen massierten Einsatz vieler Personen auf dem Gleiskörper wird die Zwangswirkung noch gesteigert. Es ist nicht einzusehen, daß die weitere Begehungsform des § 240 StGB, nämlich Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, dieser Betrachtung im Wege stünde, weil sie ausschließlich auf psychische Einwirkungen abstellt; das könnte höchstens dazu führen, das geschilderte Verhalten auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar zu beurteilen."[29]

An diesem Text lässt sich u.a. beobachten: 27

Es ist in der Tat ganz konkret von Studenten, Straßenbahngleisen, einem Fahrer und seiner Psyche die Rede – also von Sinnzusammenhängen, die wir in unserer Alltagserfahrung recht leicht durchschauen. Die zentrale Aussage – „ein Zwang, der sogar unwiderstehlich ist; denn er [der Fahrer] muss halten, weil er sonst einen Totschlag beginge" – stellt dann aber ganz entscheidend auf den Sinnzusammenhang des *Rechts* ab (Totschlag). Dies ist dann aber keine Wertung „außerhalb der Logik" (zu dieser Fehlvorstellung oben § 3 Rn. 11–20), vielmehr ein weiterer Schluss (!) aus der Prämisse: „Niemand möchte sich wegen Totschlags strafbar machen."

Die eigentliche „Wertung" vollzieht sich dann offenbar in zwei Fallvergleichen (was, wie wir noch sehen werden, ebenfalls ein logisches Verfahren ist): Die Tötung eines Hundes würde vielleicht den einen oder anderen Fahrer weniger belasten, und wenn schon Drohung strafbar ist, muss es ein Sitzstreik erst recht sein. Das erste Argument zielt auf die „Lebenswelt" und wirkt ein wenig weit hergeholt. Das zweite zielt auf die Rechtswelt und ist denn doch etwas unterkomplex. Insbesondere wird unterschlagen, dass der Drohung ein aggressives Moment innewohnt, das bei einer gewaltfreien Aktion gerade fehlt.

III. Der gesamte VJS

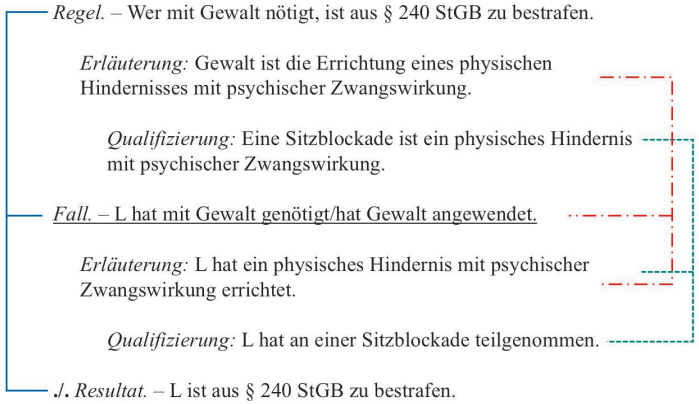
Nach dieser kurzen Rückversicherung können wir nun zeigen, dass sich der gesamte Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) als ein Zusammenschluss von **drei** Schlüssen darstellen lässt – man kann auch sagen: als eine doppelte Abduktion, die in den deduktiven Justizsyllogismus „eingebaut" ist (vgl. dazu am Heimtücke-Beispiel schon § 6 Rn. 65–66). 28

1. Die Langfassung (7 Glieder)

Beginnen wir mit der Langfassung. Sie zeigt sehr schön, dass man in einer vollständigen juristischen Argumentation ein Geflecht von Schlussfolgerungen zu konstruieren hat: 29

29 BGHSt 23, 46 (54) – Laepple (1969); Hervorhebungen im Original durch Sperrungen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -



blau = der Justizsyllogismus [links, deduktiv]
rot = der Subsumtionssyllogismus [halbrechts, induktiv]
grün = der Qualifizierungssyllogismus [ganz rechts, abduktiv]

Dass sich an jede dieser sieben Aussagen weitere Schlussfolgerungen knüpfen oder knüpfen können, oft nur implizit und aus den verschiedensten SINNZUSAMMENHÄNGEN, haben wir unter II 3 bereits angedeutet, und wir werden vielfach darauf zurückkommen.

2. Die komprimierte Fassung (5 Glieder mit „indem-Satz")

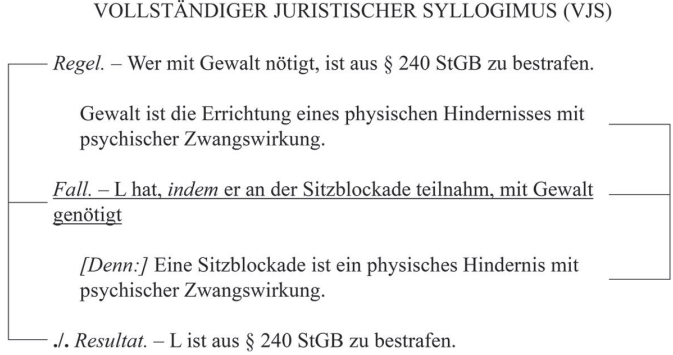
30 Zuzugeben ist freilich, dass diese Langfassung des VJS in einer Juristischen Methodenlehre wohl wenig attraktiv ist. Dies liegt daran, dass das menschliche Gehirn bei der Anzahl der Elemente (*items*), die es gleichzeitig „auf dem Schirm haben kann", beschränkt ist.[30] (Man sagt im Allgemeinen, es sind *seven plus or minus two*.[31]) Besonders gut zu verarbeiten sind offenbar Aufzählungen von drei oder fünf Elementen – man erinnere sich an den Vollständigen rhetorischen Syllogismus (*Epicheírēma*) in der Antiken Gerichtsrhetorik (§ 2 Rn. 21–22).

31 Aus diesem Grund dürfte eine für die Praxis – und natürlich auch für die akademische Lehre – brauchbare Darstellung wie folgt aussehen:

30 Genauer zu den damit verbundenen Verzerrungen (*biases*), namentlich zum *framing* und zu WYSIATI (= *what you see is all there is*) unten § 35; Stichworte: Verhaltensökonomie, Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie, Daniel Kahneman, Amos Tversky.

31 Klassischer Text (aus dem das so klar eigentlich gar nicht hervorgeht): *George A. Miller*, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in: The Psychological Review, Nr. 63, 1956, S. 81–97; aufgegriffen etwa von *Fritjof Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl., Paderborn 1997, S. 113–116. – Wenn es unübersichtlich wird, muss man daher mehrere *items* zu *chunks* zusammenfassen. Das ist nichts anderes als Fallgruppenbildung (§ 15a Rn. 65-67, § 15b Rn. 20-24, § 15c 33) oder als eine neue Untergliederung (§ 23 Rn. 52).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -



Die linke Klammer verdeutlicht den Justizsyllogismus, die rechte den Subsumtionssyllogismus, und in dem *indem* kristallisiert[32] sich der Qualifikationssyllogismus.

32 Diese Darstellung spielt zugleich an auf eine juristische Tradition, nämlich den sogenannten „**indem-Satz**", der in den meisten Bundesländern bei den Staatsanwaltschaften üblich war, um im Strafprozess den sogenannten Anklagesatz (§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO – Strafprozessordnung –) zu formulieren.[33] Er stellt gewissermaßen die Brücke her zwischen der rechtlichen Würdigung eines Falls und der Schilderung des (Lebens-) Sachverhalts, der ihm zu Grunde lag. In unserem Sitzblockadenfall würde der „indem-Satz" in Kurzform[34] lauten:

> „Dem Angeklagten wird vorgeworfen, sich gemäß § 240 StGB wegen Nötigung strafbar gemacht zu haben, **indem** er sich am 24. Oktober 1966 zwischen 13.30 und 14.30 Uhr in Köln an einem „Sitzstreik" beteiligte, durch den der Straßenbahnfahrer X an der Weiterfahrt gehindert wurde."

Zugegeben: Es handelt sich bei dem „indem-Satz" um eine Tradition, die inzwischen weitgehend aufgegeben wurde – und in Bayern und Baden-Württemberg gab es seit jeher, gewissermaßen als Umkehrung, den „**somit-Satz**"[35]. Nichtsdestoweniger zeigt dieser „indem-Satz" vielleicht am schönsten, wie im konkreten *Fall* die Sinnzusammenhänge der Rechtswelt und die Sinnzusammenhänge der Außenwelt zwanglos zusammenkommen – letztlich wegen der Logik, die dahintersteht.

---

32 Auch in Konjunktionen können sich also Bedeutungen gleichsam kristallisieren, vgl. das Habermas-Zitat in § 5 IV Rn. 120: „Begriffe und Urteile können ebenso in Schlüssen expliziert wie Schlüsse zu Urteilen und Begriffen kondensiert werden."

33 Die Vorschrift lautet: „Die Anklageschrift hat den Angeschuldigten, die Tat, die ihm zur Last gelegt wird, Zeit und Ort ihrer Begehung, die gesetzlichen Merkmale der Straftat und die anzuwendenden Strafvorschriften zu bezeichnen (Anklagesatz)."

34 Wie man es genau zu machen hat, siehe etwa – mit anderen Beispielen –: *Lars Hombrecher*, Inhalt und Aufbau des Anklagesatzes, in: Juristische Ausbildung (JA) 2011, 57–62.

35 „Dem Angeklagten wird vorgeworfen, er habe sich am 24. Oktober 1966 zwischen 13.30 und 14.30 an einem ‚Sitzstreik' beteiligt, durch den der Straßenbahnverkehr in Köln blockiert wurde. Er habe sich **somit** gemäß § 240 StGB wegen Nötigung strafbar gemacht."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

33 Neuerdings formuliert die Praxis eher: „wird daher beschuldigt", „strafbar als …"[36], nachdem die Tatumstände geschildert wurden. Einen Verzicht auf Logik bedeutet es hingegen, wenn es nach Nennung der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen lediglich heißt: „Dem Angeschuldigten wird Folgendes zur Last gelegt", und es folgt die Schilderung des Sachverhalts.[37] Es müsste zumindest heißen: „Die Angeschuldigten haben diese Straftaten durch die folgenden Handlungen verwirklicht: (…)."

IV. Resümee: Ein Geflecht von Schlussfolgerungen

34 Man muss, dies setzen wir voraus, immer unterscheiden zwischen der Darstellung und der Sache selbst. Die Sache selbst, um die es der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) geht, ist die These: Die juristische Methode besteht nicht etwa aus ein bisschen Logik und ganz viel Außerlogischem – was immer dies dann sein mag. Sondern sie besteht aus Logik, Logik, Logik, genauer: aus Deduktionen, Induktionen und Abduktionen – zwingenden, vermutenden und kreativen Schlussfolgerungen.

Die vorstehende Darstellung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS), so unvollkommen sie sein mag, sollte daher zumindest plausibel gemacht haben: Eine vollständige juristische Argumentation ist im Kern nichts anderes als ein enges Geflecht von Schlussfolgerungen (die auf weitere Schlussfolgerungen verweisen).

Dass auch an der Peripherie dieses VJS die Logik nicht aufhört, dazu sogleich mehr in § 9 (Subsumtion) und § 10 (Interpretation).

36 *Hauke Hinrichs*: (Original-)Assessorexamensklausur – Strafrecht: Revisionsaussichten – Baumarkt-Diamanten, in: JuS 2022, 761–771 (761 f.); *Carsten Schönfeld*, (Original-)Assessorexamensklausur – Strafrecht: Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft, in: JuS 2023, 775–783 (782).

37 *Georg Bischoff/Hannah Henning*: Assessorexamensklausur – Strafrecht: Anklageschrift – Familiengeschichten, in: JuS 2020, 1062–1069 (1069).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 9 Subsumtion

Wenn es um die Wahl desjenigen Begriffs ginge, mit dem Jurastudentinnen und -studenten jedenfalls in den Anfangssemestern am häufigsten konfrontiert werden, dann wäre dies nicht der Begriff „Recht" und auch nicht der Begriff „Gerechtigkeit",[1] sondern der Begriff „Subsumtion". Subsumtion, dieser Eindruck wird vermittelt, ist das Kerngeschäft der juristischen Tätigkeit, und das ist auch nicht ganz falsch. Bei näherem Hinsehen erweist sich dieser Begriff allerdings als eher vage (unscharf, unbestimmt). Man hat eine ungefähre Vorstellung davon, meist diese: Subsumtion ist die Unterordnung eines Lebenssachverhalts unter das „Gesetz", besser: unter einen Rechtssatz[2], genauer: unter den Tatbestand eines Rechtssatzes, noch genauer: unter einen Rechtsbegriff. Aber wie gesagt: Dies bleibt meistens eher vage. 1

Das Positive daran: Die Subsumtion ist *wirklich* eine vielschichtige Operation, daher ist es kein Wunder, dass man sie gleichsam aus verschiedenen Perspektiven beschreiben kann – je nachdem, worauf der Fokus liegt (die „Scharfstellung"). Das Negative: Wenn man den Studenten sagt: „Sie müssen besser subsumieren", dies aber nicht genau definieren kann, führt dies zu berechtigter Verzweiflung.

Noch eine Bemerkung am Rande: Der Umgang mit Vagheit ist für Juristen Alltagsgeschäft. Viele Rechtsbegriffe sind vage, teils weniger („Sache"), teils mehr („Gewalt"), teils programmatisch („Treu und Glauben"). Allerdings gilt dies nicht nur für Rechtsbegriffe: *Alle* Begriffe sind, wie Peirce einmal gesagt hat, mehr oder weniger vage.[3] Nichtsdestoweniger kann *und muss* man sie immer wieder, je nach Kontext und Sinnzusammenhang (zu diesem Begriff § 5 Rn. 40–59) präzisieren – zum Beispiel im Personenstandsrecht den Begriff „Geschlecht". Dann „gibt es" eben statt bisher zwei Geschlechter nun drei: „männlich – weiblich – divers".[4] 2

Aber vielleicht „ist" und bleibt dies im Sinnzusammenhang der Biologie[5] anders? Also etwa: Es gibt „männlich – weiblich", repräsentiert durch XX- und XY-Chro-

1 Wenn ich allerdings höre, dass sich Kollegen hinstellen und den Erstsemestern sagen: „Merken Sie sich zuallererst eins: Recht hat nichts mit Gerechtigkeit zu tun" – dann geht mir das doch über die Hutschnur.

2 Die herrschende Terminologie in Deutschland: Rechtssätze bestehen aus Tatbestand („wenn dies geschehen ist") und Rechtsfolge („dann soll").

3 Warum das so ist: Erstens sind Begriffe eben auch Konventionen, und zweitens besteht die Außenwelt ganz ebenso wie die Innenwelt und Sprachwelt aus Kontinuitäten.

4 Siehe jetzt § 22 Abs. 3 Personenstandsgesetz (PStG): „Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe ‚divers' in das Geburtenregister eingetragen werden." Die Änderung wurde nötig nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017, gemäß dem die fehlende Möglichkeit einer solchen Eintragung in das Geburtenregister verfassungswidrig ist (BVerfGE 147, 1 – „Drittes Geschlecht").

5 Während der Arbeit an diesem Kapitel ereignete sich an der Humboldt-Universität zu Berlin (HU) ein kleiner Skandal. Im Rahmen der geplanten „Langen Nacht der Wissenschaften 2022" stand der Vortrag einer Biologie-Doktorandin auf dem Programm, Titel: „Geschlecht ist nicht (Ge)schlecht. Sex, Gender und warum es in der Biologie nur zwei Geschlechter gibt". Der Vortrag wurde von der HU abgesetzt, nachdem Proteste angekündigt wurden, initiiert übrigens vom studentischen „Arbeitskreis kritischer Jurist*innen" (akj) an der dortigen juristischen Fakultät. Allerdings wurde die Kritik des akj von der HU offenbar heißer gegessen, als sie gekocht war: Man hätte den Vortrag nicht absetzen

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mosomen, ungeachtet des Kontinuums von genetischen Abweichungen und phänotypischen Ausprägungen, die jedoch – biologisch gesehen – kein anderes, kein drittes, viertes oder weiteres Geschlecht sind? Man wird vielleicht fragen: Wo liegt der praktische Unterschied? Ist das nicht nur eine andere Sichtweise *of the same*?

Nun, man wird nach den praktischen Konsequenzen fragen müssen, danach also, was aus dieser Begriffsbildung *praktisch folgt* (zur pragmatischen Maxime oben § 5 Rn. 14–17). Und man wird dann nicht von der Biologie auf das Recht schließen dürfen (und die Bezeichnung „divers" im Personalausweis von vornherein verdammen). Aber auch nicht vom erwünschten Recht auf die sozusagen „objektive" Biologie: § 2 Abs. 3 des ersten Entwurfs zum sogenannten Selbstbestimmungsgesetz – genauer Titel damals: „Gesetz zur Selbstbestimmung über die Geschlechtsidentität (Geschlechtsidentitätsgesetz – GiG")[6] sprach daher nur von der „*rechtlichen* Geschlechtszuordnung". Und § 1 Ziff. 1 GiG definierte „Geschlechtsidentität" als „alle geschlechtsbezogenen Aspekte der *subjektiv* empfundenen menschlichen Identität" (Hervorhebungen J.L.).[7]

3 Etwas Unverfängliches zum Schluss: Die Lehre vom „unbestimmten Rechtsbegriff" – mit oder ohne sogenannten „Beurteilungsspielraum" der Behörden und in Abgrenzung zum „Ermessen" – ist ein Klassiker im Allgemeinen Verwaltungsrecht (genauer dazu unten § 15a Rn. 69–75, § 15b Rn. 29–34). Letztlich läuft sie, wie fast alles im Öffentlichen Recht, auf die Frage nach der Kompetenz (= Zuständigkeit) hinaus: Zuerst muss man prüfen, *wer* entscheidet, und erst danach, *wie* er oder sie entscheidet. Dass trotz dieses Spielraums gewisse Grenzen nicht überschritten werden dürfen, ist geradezu das Wesen des Rechts.

Und auch der Subsumtion.

Damit nun zum Thema „Subsumtion": Was ist das, und wie geht man seriös damit um?

---

müssen (vgl. den Bericht der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 08.07.2022, der beide Seiten – die Doktorandin und die Sprecherin des akj – zu Wort kommen lässt). – Mittlerweile hat das VG Berlin es der HU vorläufig untersagt, in Bezug auf die Doktorandin zu behaupten und zu verbreiten, ihre Meinungen stünden „nicht im Einklang mit dem Leitbild der HU und den von ihr vertretenen Werten" (Aktenzeichen 12 L 399/23, zitiert nach juris).

6 Bundestags-Drucksache 19/20048 vom 16.06.2022, https://dserver.bundestag.de/btd/19/200/1920048.pdf <26.07.2022>.

7 Mittlerweile – Stand 01.11.2023 – ist der Entwurf stark entschärft worden. Das Gesetz heißt nun „Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG)", und es stellt nach wie vor jedem Menschen frei, welchem Geschlecht er*sie „im Rechtsverkehr" angehören will (§ 6 Abs. 1 SBGG). Jedoch geht das Gesetz offenbar davon aus, dass die Biologie davon in vielen Bereichen unberührt bleibt, etwa beim Sport oder im Gesundheitswesen (§§ 6, 8 SBGG). – Ein gewisser „außerrechtlicher" Wertungswiderspruch liegt natürlich vor, wenn einerseits für das dritte Geschlecht separate Toiletten gefordert werden, andererseits (biologische) Männer als selbstdefinierte Frauen Zutritt zur Frauenumkleide haben sollen. Was ist dann mit den (biologischen) Frauen denen dies nicht recht ist? Kommt es auf sie und ihr geschlechtliches Selbstverständnis nicht an? – § 6 Abs. 2 SBGG überlässt jetzt Regelungen über den „Zugang zu Einrichtungen und Räumen" der Vertragsfreiheit, dem Hausrecht und dem Satzungsrecht juristischer Personen (man denke an Schwimmbadsatzungen).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Der Begriff Subsumtion

Der Begriff der Subsumtion ist, wie schon angedeutet, vielschichtig. In der Logik taucht der *Terminus* Subsumtion offenbar erst im 17. Jahrhundert auf und bezeichnet „ohne rechte Einschlägigkeit in der Bedeutung" so etwas wie die „Unterordnung eines Niederen unter ein Höheres"[8] – also etwa eines Unterbegriffs unter einen Oberbegriff: „Ein Schäferhund ist ein Hund". Wie aber funktioniert dies? 4

Nun: Da der Begriff des Hundes, wie wir schon gesehen haben, „eine Regel bedeutet" (§ 5 Rn. 20), vermutet kein geringerer als Immanuel Kant bei dieser Unterordnung eine etwas geheimnisvolle „Urteilskraft" am Werk, die er, auf den ersten Blick ganz harmlos, wie folgt beschreibt:

> „Wenn der Verstand überhaupt als das Vermögen der Regeln erklärt wird, so ist Urteilskraft das Vermögen, unter Regeln zu *subsumieren,* d.i. zu unterscheiden, ob etwas unter einer gegebenen Regel (casus datae legis[9]) stehe, oder nicht."[10]

Dies scheint gerade in der Jurisprudenz großen Anklang gefunden zu haben, so dass im 19. Jahrhundert der Begriff „Subsumtion" gängig wird[11] – vielleicht gerade wegen seiner Unschärfe. 5

> Im Juristischen scheint den Begriff erstmals Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716) verwendet zu haben,[12] und zwar schon im heute üblichen Sinn der „Anwendung genereller Normen auf spezielle oder individuelle Sachverhalte".[13]

1. Vorweg: ein wenig Ideologiekritik („Urteilskraft", „Judiz")

Der Witz an der Passage in Kants „Kritik der reinen Vernunft" ist nämlich, dass Kant dort diese „Urteilskraft" zu einem großen Teil der rationalen Kritik entzieht: Man *hat* Urteilskraft, oder man hat sie *nicht*. Genau sie soll es dann aber sein, die ein Subsumtionsergebnis „richtig" macht! 6

> Also etwa, ob ein Sitzstreik ein „Fall von" Gewalt ist (*casus datae legis*) oder nicht (siehe § 8).

---

8 *Bernd Buldt*, Subsumtion I, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh), Band 10 (Basel 1998), Sonderausgabe Darmstadt 2019, Spalten 560–562.

9 Übersetzt: „ein Fall des gegebenen Gesetzes".

10 *Immanuel Kant*, KrV B 171 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 171; „A" ist die erste Auflage), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

11 *Gerhard Otte*, Subsumtion II, in: HWPh (Fn. 8), Sp. 562 f.

12 *Gottfried Wilhelm Leibniz*, Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae, Francofurti [Frankfurt a.M.] 1667; der Titel bedeutet auf Deutsch: „Neue Methode des Lernens und Lehrens der Jurisprudenz"; eine vollständige deutsche Übersetzung gibt es anscheinend bis heute nicht. Auszüge finden sich in *Gottfried Wilhelm Leibniz*, Frühe Schriften zum Naturrecht, hrsg. von Hubertus Busche, Hamburg 2003.

13 *Otte*, Subsumtion II, in: HWPh (Fn. 8), Sp. 562 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7 Es ist kein Wunder, dass diese Ausgrenzung logischer Kritik zu Gunsten der Fähigkeit, sozusagen intuitiv[14] richtig zu „werten" – man nannte dies früher „ein gutes **Judiz**"[15] –, den Juristen gefallen hat. Denn Kant fährt fort:

> „Die allgemeine Logik enthält gar keine Vorschriften für die Urteilskraft, und kann sie auch nicht enthalten. Denn *da sie von allem Inhalte der Erkenntnis* abstrahiert; so bleibt ihr nichts übrig, als … formale Regeln alles Verstandesgebrauchs zu Stande zu bringen. Wollte sie nun allgemein zeigen, wie man unter diese Regeln subsumieren, d.i. unterscheiden sollte, ob etwas darunter stehe oder nicht, so könnte dieses nicht anders, als wieder durch eine Regel geschehen."[16]

Mit anderen Worten: Kant bringt den Regress *ad infinitum* (= ins Unendliche) ins Spiel (§ 3 Rn. 13)[17]: Wenn es eine Regel gäbe, wie man subsumiert, wäre dies eine Regel, unter die man subsumieren muss, was eine weitere Regel voraussetzt, unter die man subsumieren muss, und so weiter[18]:

> „Diese aber erfordert eben darum, weil sie eine Regel ist, aufs neue eine Unterweisung der Urteilskraft, und so zeigt sich, daß zwar der Verstand einer Belehrung und Ausrüstung durch Regeln fähig, Urteilskraft aber ein **besonderes Talent** sei, welches gar nicht belehrt, sondern nur geübt sein will. Daher ist diese auch das Spezifische des so genannten Mutterwitzes, dessen Mangel keine Schule ersetzen kann; denn, ob diese [sc. Schule] … einem eingeschränkten Verstande Regeln vollauf, von fremder Einsicht entlehnt, darreichen und gleichsam einpfropfen kann: so muß doch das **Vermögen**, sich ihrer **richtig** zu bedienen, dem Lehrlinge selbst angehören, und keine Regel, die man ihm in dieser Absicht vorschreiben möchte, ist, in Ermangelung einer solchen **Naturgabe**, vor Mißbrauch sicher."[19]

8 Dies mündet dann unmittelbar in eine Passage, die offenbar professionelle Selbstzufriedenheit befördern konnte, auch wenn sie vielleicht eher kritisch gemeint war:

> „Ein Arzt daher, ein **Richter**, oder ein **Staatskundiger** kann viel schöne pathologische, juristische oder politische Regeln im Kopfe haben, in dem Grade, daß er selbst darin gründlicher Lehrer werden kann, und wird dennoch in der Anwendung derselben leicht verstoßen, entweder, weil es ihm an natürlicher Urteilskraft (obgleich nicht am Verstande) mangelt, und er zwar das Allgemeine in abstracto einsehen, aber ob ein Fall in concreto darunter gehöre, nicht unterscheiden kann, oder auch darum, weil er nicht genug durch Beispiele und wirkliche Geschäfte [!] zu diesem Urteile abgerichtet worden."[20]

---

14 Anspielung auf Peirce (Intuition = eine Erkenntnis, die nicht von anderen Erkenntnissen bestimmt wird; die mit anderen Worten außerhalb der Logik steht) und auf Kahneman (Intuition = das Bauchgefühl, das mit Hilfe von simplen Heuristiken zu schnellen Entscheidungen führt; dazu genauer § 35).

15 Klassisch *Rolf Gröschner*, Judiz – was ist das und wie lässt es sich erlernen?, in: Juristenzeitung (JZ) 1987, S. 903–908. – „Judiz" ist eine Kurzform von lateinisch *iudicium*, und das heißt eigentlich nur: Urteil, Entscheidung.

16 *Kant*, KrV B 171 f. (Fn. 10).

17 Klassiker zum „Münchhausen-Trilemma" (siehe schon § 3 Rn. 29 Fn. 42): *Hans Albert*, Traktat über kritische Vernunft (1968), 5. Aufl., Tübingen 1991, S. 15–18.

18 Geradezu als „verstörend" bezeichnet dieses Münden der Subsumtion ins Unendliche *Carsten Bäcker*, Juristisches Begründen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327 (324).

19 *Kant*, KrV B 172 (Fn. 10); Hervorhebungen J.L.

20 *Kant*, KrV B 172 f. (Fn. 10); Hervorhebungen J.L.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Welcher „Praktiker", sei es Arzt, Jurist oder Politiker, wird sich da nicht eher bestätigt gesehen als in Frage gestellt haben![21]

9 Für eine auch *kritische* Sicht Kants sprechen allerdings die letzten, etwas unklaren Sätze der Passage zur Urteilskraft:

> „Dieses ist auch der ein[z]ige und große Nutzen der Beispiele: daß sie die Urteilskraft schärfen. Denn was die Richtigkeit und **Präzision** der **Verstandes**einsicht betrifft, so tun sie derselben vielmehr gemeiniglich einigen **Abbruch**, weil sie nur selten die Bedingung der Regel adäquat erfüllen (als casus in terminis) und überdem diejenige Anstrengung des Verstandes oftmals schwächen, Regeln im allgemeinen, und unabhängig von den besonderen Umständen der Erfahrung, nach ihrer Zulänglichkeit, einzusehen, und sie daher zuletzt mehr wie Formeln, als Grundsätze, zu gebrauchen angewöhnen. So sind Beispiele der **Gängelwagen** der Urteilskraft, welchen derjenige, dem es am natürlichen Talent desselben mangelt, niemals entbehren kann."[22]

Kant scheint mir damit anzudeuten: Praktiker können leicht einmal vor lauter Einzelfällen („Beispielen") die Arbeit an den „Regeln im Allgemeinen" vernachlässigen.

10 Letzte Bemerkung: Wie schon angedeutet, war für eine spezifisch *juristische* Urteilskraft, die man als Jurist „zu haben hat",[23] in früheren Zeiten der Begriff „Judiz" geläufig. Man sagte jemandem „ein gutes Judiz" nach – oder auch ein schlechtes. Der Begriff war sodann eine Weile ganz aus der Mode gekommen, scheint aber heute wieder salonfähig zu werden. Das ist bedauerlich, denn „Judiz" ist – ebenso wie der Begriff Urteilskraft – nichts anderes als eine Mystifizierung sozialer Anpassung. Und deshalb in einer Gesellschaft, in der Pluralismus und Diversität herrschen, fragwürdig.

2. Umschreibungen und Definitionen

11 Die Frage, was Subsumtion „ist", wird schon in der Philosophie nicht einheitlich beantwortet.[24] Das Spektrum reicht von „Unterordnung eines Begriffs unter einen anderen" („Schäferhund" unter „Hund") versus „Fallen eines Gegenstandes unter einen Begriff" („Hasso" unter Schäferhund") bis hin zur gesamten [!] deduktiven Syllogistik – siehe oben § 6 – als „Schluss durch Subsumtion" – so der ehemals berühmte, heute weitgehend vergessene Rudolf Hermann Lotze (1817–1881).[25] Eine weitere Umschreibung von Immanuel Kant lautet: Damit „aus Wahrnehmung Erfahrung werden kann" (schöne Formulierung!), müsse „die gegebene Anschauung unter einem [sic[26]] Begriff

21 Auch Vermögensberater werden sich gegenseitig ein „gutes Judiz" bescheinigen, wenn sie erfahren, dass ihre individuellen Jahreserfolge *in the long run* auf gleichem Niveau liegen – und folglich auf Zufall beruhen, nicht auf besonderer Kompetenz; zu diesem Kahneman-Experiment unten § 35 Rn. 40.

22 *Kant*, KrV B 172 f. (Fn. 10); Hervorhebungen J.L.

23 *Gröschner*, in: JZ 1987, S. 903–908, beginnt mit den Worten: „Judiz hat man als Jurist zu haben"; natürlich ist dies eine Anspielung auf den inoffiziellen zivilrechtlichen Satz „Geld hat man zu haben" – so dass man andernfalls nicht wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch) von seiner Pflicht zur (Geld-) Leistung frei wird.

24 Zum Folgenden *Bernd Buldt*, Subsumtion I, in: HWPh (Fn. 8), Sp. 560–562. – Hervorhebungen J.L.

25 *Rudolf Hermann Lotze*, Logik I (1874), Nachdruck Hamburg 1989, § 97, der übrigens auch von „Denkhandlungen" spricht.

26 „Sic" bedeutet: wirklich so im zitierten Text: hier als „einem" statt des erwarteten „einen".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

subsumiert werden“[27] (ich würde „die gegebene Anschauung“ mit „die vorhandenen Daten“[28] übersetzen).

12 In der juristischen Literatur, insbesondere in den Methodenlehren, bietet sich ein ebenso facettenreiches Bild. Der fragwürdige Klassiker Karl Larenz (1903–1993) nimmt zunächst Bezug auf den Justizsyllogismus (den er als „Syllogismus der Rechtsfolgenbestimmung“ bezeichnet) und schreibt sodann: „Die *Gewinnung des Untersatzes*, also der Aussage, S sei ein Fall von T, bezeichnet man gemeinhin als den Vorgang der ‚Subsumtion', als deren Kern man wiederum einen logischen Schluss[29] ansieht.“[30]

Larenz beeilt sich dann aber zu betonen, diese so bezeichnete „Subsumtion“ – er setzt sie selbst in Anführungszeichen – habe an der Gewinnung des Untersatzes einen „nur begrenzten Anteil“. Das Schwergewicht der Gesetzesanwendung liege auf der „Beurteilung“ des Lebenssachverhalts (in unserem Beispiel: ein Sitzstreik „ist“ Gewalt oder eben nicht). Diese *Beurteilung* aber bedürfe, weil man „nicht ins Unendliche“ schlussfolgern könne, früher oder später „gewisser Elementarurteile, die ihrerseits nicht mehr durch Schlüsse vermittelt sind“. Sondern sie entspringen einem „wertorientierten Denken“, dass „der Jurist“ offenbar zu haben hat.

Wie man sieht: Das ist Kant (oben unter a), einschließlich *ad-infinitum*-Argument, fortgedacht zur Juristenideologie.

13 Enger als Larenz meint Reinhold Zippelius (geb. 1928), „subsumieren“ heiße „eine (partielle) Identität feststellen“. Deshalb könnten eigentlich nur *Begriffe* unter Begriffe subsumiert werden. Folglich sei es „in Wahrheit“ nicht ein Subsumtions-, sondern ein Auslegungsproblem, ob „ein kleineres, in freier Natur stehendes Fichtengehölz mit etwa 50 halbwüchsigen Bäumen“ ein „Wald“ im Sinn des § 306 Abs. 1 Nr. 5 StGB – Strafgesetzbuch – ist (die Vorschrift stellt Brandstiftung unter Strafe).[31]

Wir werden sehen (unter II) und haben im Grunde schon gesehen, wie eng Subsumtion und Auslegung zusammenhängen, z.B. beim Sitzstreik als „Gewalt“ (§ 8) oder bei der „Heimtücke“ (§ 3 und § 6 Rn. 64). Allerdings ist dieser Zusammenhang sehr viel logischer, als Larenz und auch Zippelius meinen: Er wird hergestellt nicht durch „Wertorientierung“, sondern durch den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, § 8).

14 Die derzeit wohl verbreitetste Juristische Methodenlehre, die Methodenlehre von Thomas M. J. Möllers (geb. 1962), deckt, ohne sich festzulegen, das gesamte Spektrum

---

27 *Immanuel Kant*, Prolegomena [= Vorbemerkungen] zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können (1783), § 20 (Hervorhebung J.L.); in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt a.M. 1974. Die „Prolegomena“ sind Kants eigene Kurzfassung der „Kritik der reinen Vernunft“.

28 Lateinisch *dare* = geben, *datum* = das, was gegeben ist. Siehe zu „Daten, Fakten, Interpretationen“ schon § 6 Rn. 49 und *Joachim Lege*, Die Abduktion im System der Wissenschaften, in: Frithjof Rodi (Hrsg.), Urteilskraft und Heuristik in den Wissenschaften, Weilerswist 2003, S. 93–110 (110).

29 Nämlich diesen: T ist vollständig gekennzeichnet durch die Merkmale M^1, M^2, M^3.
S weist die Merkmale M^1, M^2, M^3 auf.
Also ist S ein Fall von T.

30 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 273 f., auch zum folgenden Absatz.

31 *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 16 I und II (S. 79 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Vorstellungen zur Subsumtion ab.[32] Zunächst wird die Subsumtion „als logischer Schluss“ tituliert, sodann beschrieben als „Unterordnung des Besonderen unter das Allgemeine, also die Beantwortung der Frage, ob der Sachverhalt den Tatbestand der Norm erfüllt.“ Möllers hantiert also, genau besehen, mit *zwei* Begriffen von Subsumtion:

> Die Subsumtion *im weiteren Sinn* „stellt sich im rechtslogischen Sinn als ein ‚Schlussverfahren‘ dar. Ihre beiden Bestandteile heißen Obersatz und Untersatz. Der gesetzliche Tatbestand bildet den *Obersatz*. Aus den entscheidenden Angaben im Sachverhalt ergibt sich der *Untersatz*.“ Nicht ganz dasselbe ist dann die Subsumtion *im engeren Sinn*: „Im Rahmen der Subsumtion ist zu prüfen, ob alle Tatbestandsmerkmale einer Norm durch Angaben im Sachverhalt gedeckt sind. Der Sachverhalt wird gewissermaßen unter die Norm bzw. die einzelnen Normbestandteile gezogen.“

Schließlich heißt es noch:

> „Subsumtion ist damit ein Leitfaden [??], um den Zusammenhang zwischen Sachverhalt und Rechtsnorm zu entdecken oder herzustellen.“

Wir wollen jetzt einmal schauen, wie dies **wirklich** geschieht. 15

> Kleiner Nachtrag: Auch die Methodenlehre von Franz Reimer (geb. 1971) legt sich beim Begriff Subsumtion nicht fest. Es heißt dort: „Als Subsumtion (‚Darunternehmen‘) wird zum Teil die Bildung des Syllogismus insgesamt, zum Teil die Bildung der Conclusio verstanden, d.h. das abschließende Ziehen des Untersatzes unter den Obersatz, der eigentliche Vorgang des Schlussfolgerns.“[33]
>
> Weiterer Nachtrag: Aus der vielfältigen methodologischen Literatur seien eine Dissertation und ein Sammelband hervorgehoben.[34]

II. Das „Hin- und Herwandern des Blickes“ – revisited

Das wohl bekannteste Bild zur Veranschaulichung der Subsumtion stammt von Karl Engisch (1899–1990). In seiner Schrift „Logische Studien zur Gesetzesanwendung“, nicht zufällig im Jahr 1943 entstanden,[35] findet sich die berühmte, freilich defensiv gemeinte Passage: 16

> „Zugespitzt: Für den Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat. Sieht man aber näher zu, so handelt es sich nur um eine ständige Wechselwirkung, ein **Hin- und Herwandern** des Blickes zwischen **Obersatz** und **Lebenssachverhalt**, nicht dagegen um einen fehlerhaften Zirkel.“[36]

---

32 Zum Folgenden *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 2–6.

33 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 40.

34 *Jochen Bung*, Subsumtion und Interpretation, Baden-Baden 2004; *Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner*, (Hrsg.), Subsumtion – Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012.

35 Karl Engisch hatte sich gegenüber der Diktatur des Nationalsozialismus in die innere Emigration zurückgezogen und möglichst nicht mehr zum materiellen Strafrecht gearbeitet, nur noch zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie.

36 *Karl Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943, S. 14 f. – Hervorhebungen J.L.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Engisch hat sich zwar nach eigenem Bekunden bei dieser Formulierung wenig gedacht.[37] Ihr Erfolg zeigt aber, wie treffend sie ist – und wohl auch: dass es manchmal mehr „uns denkt" als dass „wir denken" (§ 3 Rn. 33–34).

Nebenbei: Auch Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019) hat sich bei seinem berühmten Böckenförde-Diktum[38] (das muss man als Jurist kennen!) wenig gedacht. Das Gleiche dürfte für Adam Smiths (1723–1790) noch viel berühmtere Formel von der unsichtbaren Hand (*invisible hand*) des Marktes[39] gelten.

1. Obersatz und Untersatz, Rechtsnorm und Lebenssachverhalt

17 Zwischen welchen beiden Phänomenen wandert also der Blick „hin und her"? Es fällt auf, dass Engisch hier zwei Kategorien durcheinanderwirft: „Obersatz" hat als Gegenbegriff den Untersatz, „Lebenssachverhalt" als Gegenbegriff den „Rechtssatz" (oder wie man in Deutschland sagt: „die Norm", besser: „Rechtsnorm"[40]). Wo genau das große „Dazwischen" liegt, bleibt schon deshalb durchaus unklar.

18 Klar wird es, wenn wir uns an den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) erinnern und an die insgesamt drei Syllogismen, die in ihm stecken (§ 8 Rn. 29).[41] Wenn man dies vor Augen hat, dann „wandert der Blick" hin und her zwischen dem deduktiven „äußeren"

JUSTIZSYLLOGISMUS

„Obersatz": Wer mit Gewalt nötigt, ist aus § 240 StGB zu bestrafen
„Untersatz": L hat [oder hat nicht] mit Gewalt genötigt.
„Konklusion": L ist [oder ist nicht] aus § 240 StGB zu **bestrafen**.

und den beiden weiteren Schlüssen, nämlich Subsumtions- und Qualifizierungssyllogismus, die in ihn „eingebaut" sind und zudem miteinander verklammert durch **entweder** *diese*

37 *Andreas Maschke*, Gerechtigkeit durch Methode. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens, 1993, S. 256 f.

38 Es lautet (Hervorhebung im Original): „*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.* Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist." – Dazu schon § 5 II Rn. 54 mit Fn. 119.

39 *Adam Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776), deutsch: Der Wohlstand der Nationen, München 1978, Viertes Buch, Zweites Kapitel: „Einfuhrbeschränkungen für ausländische Güter, die im Lande selbst hergestellt werden könnten"; die Formel dort völlig beiläufig auf S. 371.

40 In Österreich oder jedenfalls von Hans Kelsen wird hingegen, und dies völlig richtig, unter „Norm" auch eine Einzelregelung bzw. ein Befehl verstanden. Der deutsche Verwaltungsakt (§ 35 Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG) wäre für ihn also eine Norm.

41 Zu einem anderen dreistufigen Ansatz siehe *Ismail Cinar*, Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre, Berlin 2019, S. 71–86.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

QUALIFIZIERENDE ABDUKTION (A)

Regel. – Gewalt ist die Errichtung eines physischen Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung.

Qualifizierung: Wer an einer Sitzblockade teilnimmt, schafft ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung.

Fall. – L **hat** ein physisches Hindernis mit psychischer Zwangswirkung geschaffen.

Qualifizierung: L hat an einer Sitzblockade teilgenommen.

./. *Resultat.* – L hat Gewalt angewendet.

Oder aber durch *jene*

QUALIFIZIERENDE ABDUKTION (B)

Regel. – Gewalt ist das Einwirken auf einen Menschen mit physischer Kraftentfaltung.

Qualifizierung: Wer an einer Sitzblockade teilnimmt, wirkt nicht mit physischer Kraft auf einen Menschen ein.

Fall. – L **hat nicht** mit physischer Kraft auf einen Menschen eingewirkt.

Qualifizierung: L hat an einer Sitzblockade teilgenommen.

./. *Resultat.* – L hat keine Gewalt angewendet.

All dies hat „der Jurist“, wenn auch eher unbewusst, „vor Augen“, wenn sein Blick zwischen einem Rechtssatz („Obersatz“) und dem (Lebens-) Sachverhalt („Untersatz“) hin- und herwandert. 19

Und zumindest im Hinterkopf ist *immer schon dabei*: das Ergebnis.

2. Begriffsinhalt (Intension) und Begriffsumfang (Extension)

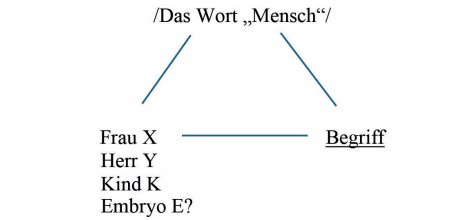
Aber tun wir zunächst einmal so, als ob uns das Ergebnis überhaupt nicht interessiert und wir vielmehr nach reiner, möglichst gar „wertorientierter“ Erkenntnis strebten! 20

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Was lässt uns dann eine Sitzblockade als einen Fall von Gewalt „erkennen"? Zwischen welchen Phänomenen könnte der Blick hin- und herwandern?

Nun, *entscheidend* im wahrsten Sinn des Wortes ist der Begriff „Gewalt". Lässt sich eine Sitzblockade unter ihn subsumieren? Dies hängt offenbar davon ab, wie man Gewalt definiert: eher eng („physische Kraftentfaltung") oder eher weit („psychische Zwangswirkung"). Je nachdem fällt der Sachverhalt „Sitzstreik" darunter oder eben nicht.

21 Erinnern wir uns nun daran, dass ein **Begriff** sich, zeichentheoretisch betrachtet, wie folgt definieren lässt (§ 5 Rn. 9): Ein Begriff ist die *Bedeutung* eines Terminus (z.B. eines Wortes) im Hinblick auf einen Gegenstand. Veranschaulicht im sogenannten semiotischen Dreieck – wir hatten damals das Beispiel, ob ein Embryo „im Reagenzglas" schon ein Mensch ist:



22 Daran anknüpfend kann man ein weiteres Dreieck konstruieren. In diesem Dreieck wird an einem ersten Eckpunkt das Wort „Mensch" oder das Wort „Gewalt" in seiner **eigenen Zeichenwelt**, nämlich der *Sprache*, näher bestimmt- zum Beispiel durch eine Definition. In der Logik nennt man dies die *Intension* des Begriffs oder auch den Begriffs*inhalt* („Gewalt ist gekennzeichnet durch M^1, M^2, M^3"). Einen zweiten Eckpunkt bilden die **Gegenstände**, die unter den Begriff fallen, man nennt dies den Begriffs*umfang* bzw. seine *Extension*. Der **Begriff** ist dann der dritte Eckpunkt, und das gesamte Dreieck[42] schaut so aus:

42 In den gängigen Methodenlehren wird es meist gar nicht erwähnt. Anders als hier wird es interpretiert von *Olaf Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft. Methode – Begriff – System, 2. Aufl., München 2019, § 5 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es wird klar: Vor diesem Hintergrund findet das Hin- und Herwandern des Blickes statt zwischen Begriffs*inhalt* und Begriffs*umfang*. Die Subsumtion stimmt beide Seiten aufeinander ab, sie geht daher immer in zwei Richtungen und man kann sagen: **Subsumtion ist die Zuordnung der Extension (des Begriffsumfangs) zur Intension (zum Begriffsinhalt)**. 23

Eine Faustregel hierzu hatten wir schon beim Heimtücke-Beispiel genannt (§ 3 Rn. 18): Je größer der Inhalt des Begriffs (genauer: je mehr *kumulativ* zu verstehende Merkmale er enthält, Stichwort Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit *plus* „feindliche Willensrichtung"), desto kleiner ist der Umfang (der städtische Bedienstete A „fällt dann nicht mehr darunter"). – Dass diese Faustregel bei *alternativ* zu verstehenden Begriffsmerkmalen weniger passt, zeigt das Beispiel des Sitzstreiks.

In den Anleitungen zur „Gutachtentechnik" wird bisweilen vorgeschlagen, die Fallösung wie folgt zu gliedern: „Obersatz – Definition – Subsumtion – Ergebnis".[43] Das ist arg holzschnittartig formuliert. Gemeint ist: „Nennung der Norm,[44] aus der sich das Gewollte ergeben könnte – Bestimmung ihrer Intension (= Interpretation des Normtextes) – Prüfung, ob der Fall zur Extension der Norm passt oder nicht (= Interpretation des Sachverhalts) – Ergebnis." 24

Ich würde daher immer gliedern: (1) Rechtsgrundlage (2) Voraussetzungen (3) Ergebnis. Und bei den „Voraussetzungen" würde ich immer gleich maßgeschneidert die einzelnen Rechtsbegriffe (§ 15a) oder Rechtsaussagen (§ 15b) nacheinander abhandeln – und dabei „die Subsumtion" je nach deren Problematik mal so, mal anders aufziehen: 25

(a) In einfachen Fällen reicht die schlichte Aussage: „A hat den B mit einem Messerstich getötet."

(b) In etwas komplexeren Fällen reicht die Definition, etwa bei der Prüfung, ob eine arglistige Täuschung im Sinn des § 123 BGB vorlag: „‚Arglistig' ist mit ‚vorsätzlich' gleichzusetzen. Der Verkäufer V hat gewusst, dass die Solaranlage nicht ohne besondere Fachkenntnisse montiert werden kann, und hat dies dem Käufer K bewusst verschwiegen.[45] Vorsatz (‚Wissen und Wollen'[46]) liegt daher vor."

(c) In schwierigen Fällen wird man „Definition" und „Subsumtion" immer schon zueinander in Beziehung setzen müssen, etwa bei Bestimmung des Begriffs „Gewalt" im Sinn der Nötigung (§ 240 StGB). Man käme dann etwa im Wege der Diskussion verschiedener Definitionsversuche (§ 15a III) und verschiedener Fälle („Fallvergleich", § 15a II) zu dem Ergebnis: „Jedenfalls [*jeden-falls*!] fällt eine nur kurzfristige Blockade der Straße, die von der Polizei aufgrund großer Kooperationsbereitschaft

43 Siehe etwa *Brian Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl., Berlin etc. 2017, S. 16–21; Valerius spricht allerdings von „Einleitungssatz" und „Schlusssatz" statt von „Obersatz" und „Ergebnis" – die beiden letzten Ausdrücke sind aber nach meiner Erfahrung noch geläufiger.

44 Also etwa: ein Gesetz oder ein Vertrag als „Anspruchsgrundlage"; ein Gesetz oder eine Verordnung als „Ermächtigungsgrundlage" etc.

45 In Anlehnung an BGH (Bundesgerichtshof), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, 3057 – Solaranlage auf dem Flachdach in einem Ort an der Wismarer Bucht. Aber Achtung: Dort wurde die Arglist verneint!

46 Hier darf man voraussetzen, dass dies jeder, aber auch jeder Jurist weiß.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Angeklagten ohne Konflikt beseitigt werden konnte, nicht unter den Begriff ‚Gewalt'"[47]

Im Studium müsste viel mehr geübt werden, wie man so etwas elegant in den Griff bekommt (statt dass immer mehr Schemata, immer mehr Theoriestreitigkeiten und immer mehr Rechtsprechungs-Kleinklein vermittelt wird).

3. Das Recht und seine Umwelt (Sinnzusammenhänge)

26 Anknüpfend an die Unterscheidung einer „eigenen Zeichenwelt", die den Begriffsinhalt bestimmt, und den Gegenständen, auf die sie sich bezieht, kann man nun für die *juristische* Subsumtion sagen:

Der Blick wandert hin und her zwischen dem Sinnzusammenhang des Rechts (seiner „Zeichenwelt"), also den *Rechts*begriffen, *Rechts*sätzen, *rechtlichen* Schlussfolgerungen, und den unübersehbar vielen sonstigen Sinnzusammenhängen (§ 5 Rn. 40–59), mit denen es das Recht zu tun hat und immer wieder neu zu tun bekommt. (Habermas würde wohl sagen: mit den vielen Sinnzusammenhängen der „Lebenswelt").

27 Der Witz ist dann freilich: Immer dann, wenn das Recht es mit „außerrechtlichen" Sinnzusammenhängen zu tun bekommt, wenn also die Frage auftaucht: ist dies rechtmäßig oder nicht? – dann hören diese Sinnzusammenhänge auf, gänzlich „außerrechtlich" zu sein. Vielmehr werden sie dann zwangsläufig *auch* zu „Gegenständen" des Rechts – es sei denn, das Recht entscheidet *selbst*, hierfür nicht zuständig zu sein. Aber das ist dann eben eine *rechtliche* Entscheidung.[48]

Man sagt dann, dass ein Fall „nicht justiziabel" ist, z.B. ein Gefälligkeitsverhältnis, eine private Verabredung, eine *political question*[49]. – Auf die interessanten Überlegungen zu einem „Recht auf Nicht-Recht" habe ich schon hingewiesen.[50]

28 Wie auch immer: **Subsumtion** ist, so betrachtet, immer eine Art **Übersetzung** oder **Interpretation** (dazu sogleich mehr unter § 10).

Dies gilt übrigens nicht nur im Recht, sondern auch in allen möglichen sonstigen Sinnzusammenhängen. Man denke an einen *dress code*: Ist ein grauer Anzug „feierlich genug"? Oder an Fußball: War das Verhalten des Stürmers X „ein Fall von" Unsportlichkeit? Man sieht zugleich: Auch in derartigen Sinnzusammenhängen geht es oft genug um „Werturteile".

Was macht dann aber die **subsumierende** Aussage „Eine Sitzblockade ist *ein Fall von* Gewalt" richtig oder falsch?

---

47 In Anlehnung an AG (Amtsgericht) Berlin-Tiergarten, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2023, 239; die Staatsanwaltschaft hat gegen die Ablehnung des Strafbefehls Einspruch eingelegt.

48 Zu Hans Kelsens Midas-Metapher schon § 5 II Rn. 46.

49 So im US-amerikanischen Recht; knapp zur *political-questions-doctrine* mit weiterem Nachweis *Thomas M. J. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 32), § 13 Rn. 97.

50 *Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink* (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht, Weilerswist 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Ergebnis (Rechtsfolge) und Begründung

Die Antwort ist so leicht, dass man sie so explizit kaum je findet: 29

Die beiden Phänomene, zwischen denen der Blick „des Juristen" „hin- und herwandert", sind **letztlich**: auf der einen Seite das **Ergebnis**, also die Rechtsfolge, die am Ende eintreten soll, und auf der anderen Seite seine **Begründung**. Beides muss „zusammenstimmen". Insofern wird man, noch eher lose formuliert, Folgendes zu bedenken haben:

(1) Wir haben zur Genüge betont, dass diese Begründung durch und durch *logisch* konstruiert ist oder sein sollte (VJS). Umso wichtiger ist nun zu ergänzen: Logisch „konstruiert" heißt noch lange nicht logisch *richtig*. Es gibt klare Fehlschlüsse.

(2) Auch die „Zurichtung der Prämissen", insbesondere die Begriffsbildung, ist logischer Kritik nicht entzogen. Insofern geht es dann bei Rechtsbegriffen nicht nur um die Stimmigkeit innerhalb des Sinnzusammenhangs „Recht", sondern auch um die Stimmigkeit in den Sinnzusammenhängen, die es berührt.[51] Könnte man z.B. in der Alltagssprache eine gewaltfreie Aktion guten Gewissens als Gewalt bezeichnen? Und welche „Realfolgen" hat es, wenn sich ein Rechtsbegriff so weit vom Alltagsverständnis entfernt? 30

Die gleiche Frage könnte man beim Rechtsbegriff und beim Alltagsbegriff von „Geschlecht" stellen (s.o. vor I).[52]

(3) Selbst wenn die Schlussfolgerung und die Prämissen auf den ersten Blick „stimmen", kann sich die Frage stellen: Will ich das, was herauskommt, wirklich? Zum Beispiel die Strafbarkeit oder Nicht-Strafbarkeit des A (Heimtücke-Beispiel) oder des Laepple (Sitzblockade). Oder bleibt ein „Störgefühl", so dass ich an irgendeiner Schraube drehen muss? Und gibt es insoweit vielleicht Grenzen? Sagen wir: Grenzen der Seriosität? 31

Wir werden sogleich sehen (in § 10 Rn. 28), dass der Bundesgerichtshof (BGH) diese Grenze der Seriosität im Fall der Sitzblockade überschritten hat (sogenannte Zweite-Reihe-Rechtsprechung). Und es ist unbegreiflich, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dies hat durchgehen lassen. Man hätte dem BGH sagen müssen: Wir lassen uns doch nicht veräppeln.

III. Resümee: Logik, Logik, Logik

Halten wir zunächst aber fest: Auch das, was man in der Jurisprudenz (und nicht nur dort) als „Subsumtion" bezeichnet, ist – ganz entgegen der herrschenden Juristenideologie – ein durch und durch logisches Verfahren. Dass es mehrere Schichten umfasst 32

51 In einer früheren Publikation habe ich insofern von „Geflechten" gesprochen: *Joachim Lege*, Rechts-begriffe. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifR) 1 (2006), S. 1–16 (10–12).

52 Ich lese gerade in einem ganz hervorragenden Antrag zur Förderung eines Forschungsprojekts den Satz: „In soziokultureller Hinsicht werden gerichtliche Auslegung und die damit verbundenen Praktiken der Veröffentlichung und Distribution der Auslegungsergebnisse, d.h. die *Ermächtigung zur breitenwirksamen Interpretation der Welt*, als Formen der *Herrschaftsausübung* diskutiert." Das Gleiche dürfte für eine Interpretation der Welt in Gesetzesform gelten, und statt „Herrschaft" könnte man auch „Macht" sagen.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und mehrere Sinnzusammenhänge verklammert, spricht nicht dagegen, ganz im Gegenteil: Es sind Schlussfolgerungen und immer wieder Schlussfolgerungen – deduktive, induktive, abduktive –, die all die vielen Bedeutungen, mit denen wir es im Leben und im Recht zu tun haben, zusammenschließen.

Woher diese Bedeutungen ihre Bedeutung bekommen, wollen wir im folgenden § 10 näher untersuchen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 10 Interpretation

Das Hauptproblem dieses Paragraphen besteht darin: Subsumtion und Interpretation lassen sich, wie wir mehrfach gesagt haben, eigentlich gar nicht voneinander trennen. Ob ich 50 halbwüchsige Fichten unter den Begriff Wald „subsumiere" oder aber den Begriff Wald so „auslege" (interpretiere), dass die 50 Fichten darunter passen – das sind nur zwei Seiten derselben Medaille oder, wenn man will: desselben Begriffs.[1] Nämlich – siehe § 9 Rn. 20–23 –: auf der einen Seite seine Intension („Ein ‚Wald' im Sinn des § 306 Abs. 1 Nr. 5 StGB[2] – Strafgesetzbuch – beginnt bei 50 Fichten"), auf der anderen Seite seine Extension („50 Fichten sind ‚ein Fall von' Wald"). 1

Was bleibt dann aber zur Interpretation noch zu sagen? Und zwar im Kontext der „Grundzüge einer juristischen *working logic*"? Nun, wir werden hier zurückkommen auf zwei Hinter-Gründe, auf die wir in den „Grundzügen einer allgemeinen *working logic*" (§§ 4–6) gestoßen sind: Wahrheit bzw. Richtigkeit und Wertung (siehe vor allem § 5 Rn. 66–84 und Rn. 31–39). Oder mit anderen Worten: Es geht nun um die materiale Seite der Logik, um die „Inhalte", die mit ihr folgerichtig zusammengebracht werden – und *wie* dies erfolgt.

I. Zum Begriff „Interpretation"

In gewisser Weise können wir uns, was den Begriff „Interpretation" angeht, an den klassischen juristischen Zugangsweisen orientieren, also den sogenannten Canones der Auslegung (genauer dazu unten § 15d), die ihren Vorläufer ihrerseits in den *status legales* der Antiken Gerichtsrhetorik haben (siehe oben § 2 Rn. 13–17). Betrachten wir demgemäß den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, die Systematik und das Telos[3] (also den Zweck) dieses Begriffs! 2

1. Zum Terminus (Wort) „Interpretation"

Im Wort „Interpretation" stecken lateinisch *inter* (= zwischen) und *pretium* (= der Preis, aber auch Wert). Die Inter-preta-tion ist also das, was gleichsam zwischen zwei Preisen (oder „Werten"?[4]) vermittelt.[5] Bleiben wir bei unserem Beispiel der Sitzblockade (§ 8): Was ist das Wort „Gewalt" in der Alltagssprache wert, und welchen Wert hat es in der Rechtssprache? Konkret etwa in § 240 Abs. 1 StGB – Strafgesetzbuch –, wenn es darum geht, ob eine Sitzblockade als Nötigung strafbar ist oder nicht? 3

1 Beispiel von *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 16 I und II (S. 79 f.); siehe in dieser NJML schon oben § 9 Rn. 13.

2 Dort geht es um Brandstiftung.

3 Es heißt wirklich *das* Télos – *télos* ist im Altgriechischen ein Neutrum: *tó télos*.

4 Denken Sie sich hier einen Smiley mit Bezug auf § 3 Rn. 14 f. und § 3 Rn. 28–31.

5 So gesehen könnte man Interpretation als eine Art Wechselstube begreifen, in der verschiedene Währungen aufeinander abgestimmt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass Preis und Wert zu unterscheiden sind,[6] ist für viele Jurastudenten im ersten Semester eine beeindruckende neue Erkenntnis.

In der Terminologie der allgemeinen *working logic*, die wir insbesondere in § 5 entwickelt haben, könnte man auch sagen: Die Interpretation vermittelt zwischen zwei (oder auch mehr) Sinnzusammenhängen.

2. Zur Wortgeschichte

4 Das Wort „Interpretation" hat seinen Ursprung tatsächlich in der römischen Rechts- und Handelssprache.[7] Alsbald scheint man es dann vor allem für die Deutung (!) göttlicher Zeichen (Blitze, Vogelflug, Eingeweide von Opfertieren) verwendet zu haben, bevor es einerseits das mündliche Übersetzen aus einer Sprache in eine andere Sprache bezeichnete, andererseits die Auslegung von schriftlichen Texten.

Interessanterweise heißt der mündliche Übersetzer („Dolmetscher") im Englischen bis heute *interpreter*, während das Übersetzen schriftlicher Texte eine *translation* ist (wörtlich: ein Hinüberbringen). – Das Wort „Dolmetscher" seinerseits kommt aus dem Türkischen, und vielleicht von dort die fremdenfeindliche italienische Wendung *traduttore traditore* (Übersetzer = Verräter).

Die griechische Entsprechung zum Wort *interpretatio* lautet *hermeneía*. Von ihr leitet sich der Begriff Hermeneutik ab, das ist die philosophische Lehre vom Verstehen.[8] Bekanntestes Werk: Hans-Georg Gadamer, Wahrheit und Methode, 1960. Es wurde in den juristischen Methodenlehren sehr beifällig aufgenommen – wohl auch, weil es seinerseits die juristische Auslegung als Musterbeispiel „hermeneutischer Erkenntnis" herangezogen hatte.[9]

3. Das Ziel der Interpretation (zugleich ihre teleologische Definition)

5 Was aber *ist* dann eigentlich diese Interpretation? Nun: Wenn ein Begriff letztlich das ist, was praktisch aus ihm folgt (§ 5 Rn. 14), kann man den Begriff „Interpretation" am besten über deren Endzweck definieren:

Ziel der Interpretation ist die Ermittlung der wahren (wirklichen, richtigen) *Bedeutung* eines Zeichens.[10]

---

6 Sehr schön auch die Unterscheidung von „Preis" und „Würde" bei *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), S. 77; in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

7 Hierzu und zum Folgenden *Herbert Anton*, Interpretation, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh), Band 4, Basel 1976, Nachdruck Darmstadt 2019, Spalten 514–516.

8 Zur Kontroverse „Verstehen versus Erklären" ganz kurz bereits in § 1 Rn. 8.

9 *Hans Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode, 3. Aufl., Tübingen 1972, S. 307–323.

10 Die Wissenschaft von den Zeichen, genannt Semiotik (von griechisch sḗmeion, das Zeichen), ist ein sehr abstrakter Teil der Philosophie, und als einer ihrer modernen Begründer gilt Charles Sanders Peirce (1839–1914); meine Auseinandersetzung damit: *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 213–242.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Man könnte auch sagen: des wahren (wirklichen, richtigen) *Sinns*. Letztlich kann man beides weitgehend synonym verwenden und dann zum Beispiel sagen, dass sich konkrete *Bedeutungen* aus SINNZUSAMMENHÄNGEN (§ 5 Rn. 40–59) ergeben.

Dieses zu interpretierende Zeichen kann ein Wort sein oder ein Satz („Auslegung“), sei beides nun schriftlich oder mündlich geäußert, aber auch ein umfangreicherer Sprachtext wie ein Gedicht oder ein Roman. Es kann auch eine Schlussfolgerung, genauer: ein Syllogismus sein[11]. Und es kann sich natürlich auch um nicht-sprachliche Zeichen handeln, etwa um ein Geschenk oder eine abfällige Geste, auch etwa um eine vielfältige Kombination von Zeichen wie einen Film oder ein Theaterstück. 6

Man denke an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[12] zum „Anachronistischen Zug“: Der damalige CSU-Vorsitzende und Kanzlerkandidat Franz-Josef Strauß wurde in einem Straßentheater mehr oder weniger verunglimpft dargestellt. Das BVerfG hob die Verurteilung der Theatermacher wegen Beleidigung (§ 185 StGB – Strafgesetzbuch -) auf: Ein Kunstwerk zeichne sich dadurch aus, dass es vielfältige Interpretationsmöglichkeiten eröffne. Dabei komme es auf die Gesamtschau an – hier war es ein aufwendiges Theater im öffentlichen Raum mit Bezug auf ein Gedicht von Brecht, das wiederum Bezug auf ein Gedicht von Shelley nimmt. Aus diesem Gesamtwerk habe das Amtsgericht Kempten nicht einzelne Teile herauspicken dürfen, um sie derart isoliert „als Straftat zu würdigen“.

Nebenbei: Die Charakterisierung von „Kunst“ im Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG als „offen für vielfältige Interpretation“ wurde vermutlich angeregt von einem Buch des italienischen Philosophen und Sprachwissenschaftlers, insbesondere Semiotikers, Umberto Eco: *Opera aperta* (1962), deutsch: Das offene Kunstwerk (1973). – Eco ist bekannt durch seinen Roman „Der Name der Rose“ von 1980 (verfilmt 1986[13]). 7

Die Pointe liegt dann natürlich darin, dass es in der Kunst keine letztgültige, „einzig-wahre“ Interpretation gibt. Wir kommen darauf – und überhaupt auf die Frage, auf wessen Interpretation es ankommt – alsbald zurück (Rn. 25–29).

Im Bereich des Rechts sind die *sprachlichen* Texte, die es zu interpretieren gilt, im Wesentlichen Gesetze und Verträge, aber auch Einzelentscheidungen wie Verwaltungsakte und Gerichtsurteile. 8

Und dann natürlich auch die nicht-autoritativen Texte[14] aus der akademischen Rechtswissenschaft und aus Kreisen der Praktiker (Kommentierungen, Handbücher, Aufsätze, Monographien etc.). Bei der Interpretation dieser nicht-autoritativen Texte sollte man stets bedenken: Vieles davon ist „Interessentenliteratur“, also von klaren wirtschaftlichen oder politischen Interessen diktiert.

---

11 Insbesondere kann man ihn als „Urteil“ oder als „Vermutung“ (Hypothese) interpretieren (so schon § 6 Rn. 22 und 41 f.; sodann unten § 10 Rn. 21–23).

12 BVerfGE 67, 213 – Anachronistischer Zug (1984) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 67, S. 213).

13 Mit Sean Connery.

14 Zum Begriff „autoritativer Text“ unten § 14 II.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

9 Berühmtes Erstsemester-Schulbeispiel für ein *nicht-sprachliches* Zeichen ist die „Trierer Weinversteigerung“: A winkt seinem Freund B zu, der Auktionator interpretiert dies als ein Gebot und schlägt dem A ein Fass Spätlese zu.[15]

Oder man denke an die rote „Kelle“ bei einer Polizeikontrolle (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG[16] – Verwaltungsverfahrensgesetz –) und an die vielen Verkehrszeichen – sie werden im deutschen Recht als Verwaltungsakte, genauer: Allgemeinverfügungen im Sinn des § 35 Satz 2 VwVfG[17]) interpretiert (obwohl man sie ebensogut als Rechtsverordnungen deuten [!] könnte[18]).

4. Systematische Ortsbestimmung: Interpretation und Logik

10 Wenn man sich schließlich klar machen will, was der Begriff „Interpretation“ *praktisch bedeutet*, wird man sich auch die größeren Zusammenhänge (griechisch: Sy[n]-steme) vergegenwärtigen müssen, zwischen denen die Interpretation sozusagen eingespannt ist wie ein Spinnennetz). Angedeutet haben wir schon die *Sprache* – sei es nun die Rechts- oder die Alltagssprache –, man kann aber auch die äußere *Realität* („die Welt da draußen“) als einen solchen Zusammenhang interpretieren und in ihm einen *Sinn* entdecken, so dass er zu einem Sinnzusammenhang wird.

Was dabei den Sinn gibt, ist freilich nicht vorgegeben. Es kann der verborgene Wille der Götter oder des Schicksals sein (siehe oben: Vogelflug, Eingeweideschau); oder man denke an die „Stern-deuter“, also die Astrologie). Es kann aber auch die Kategorie „Kausalität“ sein, mit der die Phänomene der Welt „rein naturwissenschaftlich“ ge-deutet („erklärt“) werden.

---

15 Abstrakt formuliert besteht das Problem darin, ob zu einer wirksamen Willenserklärung, hier: zur Annahme eines Kaufangebots, ein „Erklärungsbewusstsein“ gehört. Der Bundesgerichtshofs hat dazu im Jahr 1984 entschieden (Leitsatz): „Trotz fehlenden Erklärungsbewußtseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Sie kann gem. §§ 119, 121, 143 BGB angefochten werden“ (BGHZ 91, 324 – Bürgschaft einer Sparkasse – [Entscheidungen in Zivilsachen Band 91, Seite 324]). Es kommt für die Interpretation also, wie man sagt, auf den „**Empfängerhorizont**“ an.

16 „Ein Verwaltungsakt kann schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden.“

17 „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.“

18 … denn man kann darin eine abstrakt-generelle Regelung sehen. Der Grund für die Qualifizierung als Verwaltungsakt liegt in der praktischen Folge. Würde das Zeichen, interpretiert als Rechtsverordnung, von einem Gericht für rechtswidrig erklärt, so wäre es nichtig (rechtswidrige „Normen“ sind nichtig) und daher von Anfang an („ex tunc“) gegenüber allen Verkehrsteilnehmern unwirksam. Wird das Zeichen hingegen als Verwaltungsakt interpretiert, und stellt sich dann heraus, dass es rechtwidrig war, dann bleibt es trotzdem gegenüber allen Verkehrsteilnehmen wirksam („bestandskräftig“), die sich nicht rechtzeitig dagegen gewehrt haben (mit Widerspruch und Anfechtungsklage). Kurz: Ein Fehler wirkt sich nur gegenüber Einzelnen, nicht gegenüber allen aus. – Siehe auch § 14 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In unserem Zusammenhang soll nun betont werden: Für den Bereich des Rechts ist 11
der wichtigste Sinnzusammenhang – der Zusammenhang, in den die Interpretation *immer* einzubetten ist –, die Logik, genauer: die hier entwickelte (deduktive und auch nicht-deduktive) „working logic". Sie ist das Deutungsschema, mit dessen Hilfe aus rechtlichen Interpretationen folgerichtiges Handeln[19] wird.

Insofern ist erneut der gängigen juristischen Vorstellung entgegenzutreten, dass die Interpretation (eines Gesetzes) der Subsumtion (des Falles unter das Gesetz) vorangehe. Wir haben mehrfach gesehen,[20] dass beides untrennbar miteinander zusammenhängt, mehr noch: dass die „wahre" (wirkliche, richtige) Bedeutung eines Begriffs oder einer Aussage (erst) das ist, was sich *logisch* aus ihm oder ihr ergibt.

Allerdings ist zuzugeben: Dass man die Welt logisch interpretieren *soll*, kann man als einen Akt der Interpretation verstehen.

II. Die drei Ebenen der Interpretation

Interpretation, so hatten wir gesagt, ist die Feststellung, vielleicht auch Fest*legung*, der 12
wahren (wirklichen, richtigen) Bedeutung eines Zeichens. Für den Bereich der Logik und damit auch des Rechts kann man dann gleichsam drei Ebenen unterscheiden.

Oder auch Aggregatzustände, siehe oben § 5 Rn. 120.

1. Die Interpretation von Termini als Zeichen für einen Begriff

Auf der ersten Ebene werden bestimmte Termini als Zeichen für einen Begriff interpre- 13
tiert. Das einfachste Beispiel sind einzelne Wörter wie /Hund/ oder /Kampfhund/ als Terminus für den *Begriff* „Hund" oder „Kampfhund", an den sich dann bestimmte Vorstellungen, vor allem aber praktische Folgen knüpfen – aufgelistet zum Beispiel in den Kampfhunde-Verordnungen der deutschen Bundesländer.[21] Es können aber auch mehrere Wörter sein, etwa die Wendung „Treu und Glauben" in § 157 und § 242 BGB - Bürgerliches Gesetzbuch -, oder sonstige Zeichen wie eine rote Ampel,[22] die schon erwähnten Verkehrszeichen oder die Planzeichen der sogenannten Planzeichenverordnung[23]: Sie kennzeichnen in einem Bebauungs- oder Flächennutzungsplan, in welcher Weise ein Grundstück genutzt, insbesondere bebaut werden kann (zum Beispiel zweigeschossig in offener Bauweise).

19 Zu diesem Aspekt der Logik § 4 Rn. 8 f.

20 Denken Sie an die Beispiele Embryo und PID, Heimtücke und Tötung von Frau und Tochter, Gewalt und Sitzblockade.

21 Vgl. etwa § 1 der Polizeiverordnung des Innenministeriums und des Ministeriums Ländlicher Raum über das Halten gefährlicher Hunde (inoffiziell: „Kampfhundeverordnung") des Landes Baden-Württemberg vom 3.8.2009, https://im.baden-wuerttemberg.de/de/sicherheit/polizei/praevention/kampfhundeverordnung/ <18.11.2023>.

22 Auch ihre Signale sind Verwaltungsakte i.S.d. § 35 VwVfG (Wortlaut in Fn. 17).

23 Verordnung über die Ausarbeitung der Bauleitpläne und die Darstellung des Planinhalts (Planzeichenverordnung – PlanZV) vom 18.12.1990 (BGBl. – Bundesgesetzblatt – I, S. 58), seither mehrfach geändert.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

14 Es liegt auf der Hand: Die Interpretation vermittelt hier zwischen (*inter*) dem Sinnzusammenhang der Rechtssprache und den unendlich vielen Sinnzusammenhängen der „Lebenswelt" – sei es die Alltagssprache oder eine andere Fachsprache, sei es ein politisches Verhalten wie die Sitzblockade, sei es ein physikalischer Zusammenhang bei der Beurteilung eines Verkehrsunfalls oder bei der Einschätzung des Risikos einer gentechnischen Anlage.[24] Das hat das Recht natürlich schon immer so gemacht. Das Neue an der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) ist allerdings die Erkenntnis (oder sollen wir sagen: das Eingeständnis), dass bei dieser Interpretation keine „Klüfte" überwunden werden und erst recht nicht eine „wertende" Intuition angebracht ist. Vielmehr kommt alles logisch-schlussfolgernd zusammen: in Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS), insbesondere in deren qualifizierenden Abduktionen (s.o. § 8).

15 Nebenbei: Natürlich kann es beim Zusammentreffen des Sinnzusammenhangs „Recht" mit anderen Sinnzusammenhängen („Welten") auch einmal zu Befremden kommen. So hat die veraltete Formulierung des Unterlassungsanspruchs in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB („besorgen" statt „befürchten")[25] bei Kollegen aus der Biologie Unverständnis hervorgerufen. Mehr noch erschien ihnen etwas Inhaltliches befremdlich, dass nämlich die Errichtung einer gentechnischen Anlage auch dann anzuzeigen ist (gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 GenTG), wenn bei ihr „nicht von einem Risiko für die menschliche Gesundheit und die Umwelt auszugehen ist" (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 GenTG). Wenn kein Risiko, warum dann anzeigen? Dies erschien naturwissenschaftlich nicht folgerichtig. (Rechtlich hat es seinen „Sinn" natürlich darin, dass die Behörde sich die Option offenhält, einmal genauer nachzuschauen).

16 Ein wichtiger Aspekt zum Schluss: Was die anderen Sinnzusammenhänge angeht, sind wir Juristen – gerade als Richter![26] – in den allermeisten Fällen Dilettanten[27], also Nichtfachleute. Das bedeutet aber nicht, dass wir uns dafür nicht inter-(*inter!*)-essierten. Ich erinnere mich, wie Ernst-Wolfgang Böckenförde zu seiner Zeit als Bundesverfassungsrichter einmal zu uns sagte: „Und was meinen Sie, wie lange wir immer brauchen, bis wir verstanden haben, worum es geht!"

Und es bedeutet erst recht nicht, dass dieser Dilettantismus schlecht wäre. Ganz im Gegenteil: Das **Recht** ist auf diese Weise sozusagen der **Zentralübersetzer** (oder Dolmetscher) **der Gesellschaft**[28] – im Hinblick darauf, was man berechtigterweise von anderen erwarten darf.[29]

---

24 § 7 GenTG – Gentechnikgesetz – unterscheidet je nach Höhe des Risikos vier Sicherheitsstufen.

25 „Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen." Unter „etwas besorgen" versteht man heute eben: etwas beschaffen, zum Einkaufen gehen.

26 Gerade hohe Richter geben dies ohne weiteres zu.

27 Ein Dilettant (von italienisch: *dilettare*, lateinisch *diligere*) ist, wörtlich genommen, eigentlich ein Liebhaber, also jemand, der eine Sache „nur zur Freude" betreibt; ebenso wie auch der Amateur (von französisch *aimer, amour*) ein Liebhaber ist.

28 Ähnlich hat der amerikanische Philosoph *William James* (1842–1910) die Philosophie das Pragmatismus einmal mit dem Korridor in einem Hotel verglichen: Er verbindet alle Räume (Pragmatism. A New Name for Some Old Ways of Thinking (1907), deutsch: Der Pragmatismus, Hamburg 1977, 2. Vorlesung, S. 34 (übrigens in Anlehnung an den italienischen Publizisten Giovanni Papini [1881–1956]).

29 Für *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 131 ff. *et passim* (= und durchgehend) besteht die *Funktion* des Rechts, und zwar die einzige Funktion, in „der Stabilisierung normativer Erwartungen durch Regulierung ihrer zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung". – „Normen" sind für Luhmann Erwartungen, die auch kontrafaktisch aufrechterhalten werden, also auch

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die Interpretation von Sätzen als Zeichen für Aussagen

Das Gleiche gilt für die Interpretation von Sätzen als Zeichen für Aussagen (die, wie wir gesehen hatten, richtig oder falsch sein können). Auch auf dieser Ebene werden die Sätze des Sinnzusammenhangs „Recht" – letztlich mit Hilfe des Sinnzusammenhangs abduktiver „Logik" (§ 6 III, § 8 Rn. 24–32) – mit Sätzen aus den verschiedensten Sinnzusammenhängen der „Lebenswelt" zusammengeführt – und ergeben erst in dieser Janusköpfigkeit[30] einen Sinn (eine Bedeutung) als rechtliche Aussagen. Dies gilt nicht nur für die abstrakten Rechtssätze mit ihrer Wenn-dann-Struktur („Wer einen Menschen tötet, ist zu bestrafen"), sondern auch für einzelne rechtliche Aussagen wie „A hat die F und die T getötet, indem er den Gashahn aufdrehte, als sie schliefen" (zu diesem Beispiel ausführlich § 3 und § 6). 17

In den gängigen Juristischen Methodenlehren wird meist nur das erste als „Auslegung" oder Interpretation bezeichnet, das zweite als „Subsumtion".

In den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gibt es seit eh und je die Unterscheidung in einen „Maßstabsteil", der zu den oft vagen Sätzen des Grundgesetzes geradezu eine Theorie entwirft – man denke an die Dreistufentheorie zur Berufsfreiheit des Art. 12 GG –, und einen „Anwendungsteil", der den konkreten Fall an diesen Maßstäben misst – die für ihn gerade erst entwickelt wurden. Das ist natürlich ein wenig zirkulär.[31] Zudem ist es unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung problematisch, sofern diese „Maßstäbe" abstrakt-generell formuliert sind, also in der Form eines Gesetzes, unter das dann auch künftig (!) „zu subsumieren" ist. 18

Für Nicht-Juristen: Man unterscheidet in der deutschen Jurisprudenz Gesetze im formellen und im materiellen Sinn.[32] Gesetze im formellen Sinn sind diejenigen, die von den hierfür zuständigen Organen erlassen werden, im Bund also von Bundestag und Bundesrat. Unter Gesetzen im materiellen Sinn versteht man abstrakt-generell formulierte Regeln: Sie beziehen sich auf eine Vielzahl von Sachverhalten (abstrakt) und eine Vielzahl von Adressaten (generell).

Zum Abschluss und auch eher für die Nicht-Juristen noch ein Auszug aus dem Originaltext der **Dreistufentheorie**[33]: 19

„6. Das Grundrecht soll die Freiheit des Individuums schützen, der Regelungsvorbehalt ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen. Aus der Notwendigkeit, bei-

---

dann, wenn jemand sich nicht daran hält; Gegensatz: „Kognitionen". Ebendort S. 437: „Lernen oder Nichtlernen, das ist die Frage. Lernbereite Erwartungen werden als *Kognitionen* stilisiert. … Dagegen werden lernunwillige Erwartungen als *Normen* stilisiert." – „Stilisiert" – das verweist natürlich auf Ästhetik (s.u. § 32 Rn. 29 f. und 80–83).

30 Der römische Gott Janus (daher der Januar) ist der Gott sowohl des Eingangs als auch des Ausgangs. Er hat daher statt des Hinterkopfes ein zweites Gesicht.

31 Kritisch zu dieser Methode vor allem *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281.

32 Statt vieler z.B. *Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008, § 45 Rn. 1–4; *Hartmut Mauer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 4 Rn. 17.

33 BVerfGE 7, 377–444 (378) – Apothekenurteil (1958). Die drei Stufen finden sich unter a) bis c).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Forderungen gerecht zu werden, ergibt sich für das Eingreifen des Gesetzgebers ein Gebot der Differenzierung etwa nach folgenden Grundsätzen:

a) Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.

b) Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Ist ein solcher Eingriff unumgänglich, so muß der Gesetzgeber stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt.

c) Wird in die Freiheit der Berufswahl durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für die Aufnahme des Berufs eingegriffen, so ist zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen zu unterscheiden: für die subjektiven Voraussetzungen (insbesondere Vor- und Ausbildung) gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinn, daß sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen. An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen sind besonders strenge Anforderungen zu stellen; im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen können.

d) Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG müssen stets auf der ‚Stufe' vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt; die nächste ‚Stufe' darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden ‚Stufe' nicht wirksam bekämpft werden können."

20 All dies dient der **Interpretation** der beiden lapidaren Rechtssätze des Grundgesetzes:

Art. 12 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

3. Die Interpretation von Syllogismen als Zeichen für Begründungszusammenhänge

21 Das Wichtigste an der Interpretationstheorie der NJML ist nun aber: dass nicht nur Termini und Sätze interpretiert werden, sondern auch Syllogismen. Auch Syllogismen sind, auf den ersten Blick ungewohnt, *Zeichen* – und zwar Zeichen für Begründungszusammenhänge (§ 5 Rn. 91). Daher kann und muss man sie daraufhin interpretieren, ob sie *wirklich* einen Begründungszusammenhang repräsentieren („abbilden") oder nicht. Wenn sie es tun, treffen sie zu; tun sie es nicht, sind sie fehlerhaft – wobei dies an der Form liegen kann oder aber am Inhalt, d.h. an den inhaltlich-falschen Prämissen – was wieder eine Frage der Interpretation ist.

22 So kann man den vielfach erwähnten Syllogismus

Regel: Alle Menschen haben zwei Beine.
Fall: Sokrates hat zwei Beine.
Resultat. Also ist Sokrates ein Mensch.

als einen deduktiven Syllogismus *interpretieren* – dann handelt es sich formal um einen klassischen Fehlschluss, obwohl material-inhaltlich Prämissen und Resultat stimmen. Man kann ihn aber auch als einen nicht-deduktiven Syllogismus *interpretieren*, und

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann hat er als Vermutung seinen „Sinn" (wir müssen nur noch ein wenig mehr über Sokrates erfahren).

Zum Zusammenhang der formalen und der materialen Seite der Logik s.o. § 6 Rn. 29. Dass die materiale Seite auch einer fiktiven Welt entspringen kann (in der z.B. für Harry Potter andere Regeln gelten), sei nochmals angemerkt.

Anders gewendet: Man kann Syllogismen *interpretieren* als „Beweis" der Wahrheit bzw. Richtigkeit (der zutrifft oder nicht) oder als „Vermutung" (die zutreffen könnte oder auch nicht).

Siehe dazu auch schon § 6 Rn. 17, 22, 41–42.

Dies gilt natürlich auch für alle rechtlichen und juristischen Syllogismen, insbesondere den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS). Man kann jeden VJS *interpretieren* als die endgültige, abschließende Rechtfertigung zur Beurteilung eines Rechtsfalls. Man kann ihn aber auch *interpretieren* als eine nur vorläufige Vermutung darüber, wie man diesen Fall beurteilen *könnte* – und dann dazu Stellung nehmen. 23

Hier zeigt sich, wenn man so will, erneut der Vorrang der Interpretation vor der Mathematik.

Und auch der Unterschied von Gutachten- und Urteilsstil, von *context of justification* und *context of discovery*, von Begründungs- und Entdeckungs- oder auch Erfindungszusammenhang.[34]

Zur „hypothetischen Rechtsanwendung" bei der Vertragsgestaltung siehe § 37a Rn. 8, 54.

III. Die entscheidenden Fragen

Vor diesem Hintergrund stellen sich im Wesentlichen zwei im wahrsten Sinn des Wortes entscheidende Fragen. Erstens: Gibt es ein „Letztkriterium", anhand dessen man erkennen kann, wann eine Interpretation richtig ist? Zweitens: Auf wessen Horizont soll es bei der Beurteilung ankommen? Sie führen letztlich zurück auf Gedanken, die wir im Rahmen der allgemeinen *working logic* zu den Themen „Wahrheit/Richtigkeit" und „Wertung" angestellt haben (§ 5 Rn. 66–84 bzw. Rn. 31–39). 24

1. Der maßgebliche Horizont (und die Zweite-Reihe-Rechtsprechung)

Wir haben vorhin am Fall des Anachronistischen Zuges gesehen (Rn. 6), dass „Kunst" im Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG geradezu dadurch definiert wird, eine Vielzahl von Interpretationsmöglichkeiten zu eröffnen.[35] Man konnte in der Darstellung des Politikers Franz Josef Strauß eine Beleidigung sehen, die gemäß § 185 StGB zu bestrafen ist, 25

34 Beiläufig schon erwähnt in § 5 II Rn. 87 und IV Rn. 121.

35 Noch eins drauf: „Kunst" ist dadurch definiert, dass man sie nicht abschließend definieren kann, so ausdrücklich BVerfGE 75, 369 (377) – Karikatur: Franz-Josef Strauß als kopulierendes Schwein (1987) –, und dann doch: „Ungeachtet der Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, gebietet die verfassungsrechtliche Verbürgung dieser Freiheit, ihren Schutzbereich bei der konkreten Rechtsanwendung zu bestimmen.".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

man *musste* es aber nicht. Daher galt in diesem Fall gewissermaßen *in dubio pro reo* – im Zweifel für den Angeklagten.

Aber Achtung: Dieser Grundsatz gilt nach ganz h.M. (herrschender Meinung) nur für die Tatfrage, d.h. die Frage, ob der Angeklagte die Tat tatsächlich begangen hat. Er gilt nicht für die Rechtsfrage – man muss also nicht von Rechts wegen die dem Angeklagten günstigste Auslegung von Begriffen wie „Gewalt" oder „Heimtücke" wählen.[36]

26 Die Schwierigkeit im Recht besteht nun darin, dass im Streit um die richtige Interpretation von Rechtssätzen, aber auch von Tatsachen, am Ende nur *eine* Seite mit ihrer Interpretation Recht bekommen kann. Auf welche soll es dann aber ankommen?

Wir können uns einer Antwort gewissermaßen induktiv annähern:

27 Im Bürgerlichen Recht ist es völlig unstreitig, dass Willenserklärungen[37], die an jemand anderen gerichtet sind, aus dessen „Empfängerhorizont" zu beurteilen sind. Wenn man also sagt: „Nochmal dasselbe" und das Gegenüber weiß, was damit gemeint ist, kommt ein Bewirtungsvertrag[38] über das nächste Glas Bier oder Sanddornsaft zustande.

Gadamer würde wohl sagen: Es „verschmelzen" die beiden Horizonte – der des Senders und der des Empfängers (zur Hermeneutik schon oben Rn. 4; s. auch § 1 Rn. 10).

Nebenbei: Im Wort „Horizont" steckt das altgriechische Wort *hóros* = die Grenze. Der Horizont ist also die Grenze dessen, was wir sehen oder, im übertragenen Sinn, wissen. – Dass das Wort *hóros* auch „Begriff" bedeuten kann, haben wir im Kontext der Antiken Rhetorik erwähnt. „Begriff" kommt also, wie der Rechtssoziologe Manfred Rehbinder (geb. 1935) zu sagen pflegt, nicht von „begreifen", sondern von „begrenzen".[39]

28 Was das Strafrecht angeht, so hat das Bundesverfassungsgericht mit Recht betont, dass es – weil Strafe nun einmal die härteste staatliche Sanktion[40] ist –, geradezu selbstverständlich auf den Horizont der Rechtsunterworfenen ankommen muss. Erstaunlicherweise hat es dann aber ausgerechnet im Fall von Sitzblockaden eine Rechtsprechung des BGH bestätigt, die den Begriff „Gewalt" erstens nicht-alltagssprachlich interpretiert und zweitens auf einer Konstruktion beruht, die nur aus einem sehr speziellen Juristen-Horizont heraus verständlich ist.[41]

---

36 *Frank Tiemann*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (StPO), 9. Aufl., München 2023, § 261 Rn. 71 f.; *Bernd von Heintschel-Heinegg*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch (BeckOK StGB), 58. Edition, Stand 1.8.2023, § 1 Rn. 58. – Dies scheint eine der wenigen Meinungen zu sein, die in der Jurisprudenz völlig „unstreitig" sind; entsprechend kurz die Kommentierungen.

37 „Willenserklärung" ist ein ganz zentraler Begriff des deutschen Bürgerlichen Rechts, siehe schon Fn. 15.

38 Dies ist ein sogenannter gemischter Vertrag, bestehend aus Kauf (das Getränk), Miete (der Stuhl), Werkvertrag (das gebratene Schnitzel) und Dienstvertrag (die Bedienung).

39 Dies ist natürlich pointiert-ironisch gemeint; denn natürlich kommt „Begriff", etymologisch betrachtet, von „begreifen" (so wie lateinisch *conceptus* von *concipere*, wörtlich: zusammenfassen, auffassen, begreifen).

40 … und sein sollte; auch das ist wohl „völlig unstreitig".

41 BVerfGK 18, 365 – Autobahnblockade II/Zweite-Reihe-Rechtsprechung (2011) (Sammlung der Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts). – Die Kammern entscheiden mit drei Richtern darüber, ob eine Sache vor den gesamten Senat kommt; sie können in einfachen Fällen auch selbst

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gemeint ist die sogenannte und schon mehrfach erwähnte[42] Zweite-Reihe-Rechtsprechung: Der BGH hatte Sitzstreiks seit der Laepple-Entscheidung als „Gewalt" qualifiziert („Hindernis mir psychischer Zwangswirkung"). Das BVerfG hatte dies zunächst nicht beanstandet,[43] es dann aber keine neun Jahre später für eine verfassungswidrige Interpretation erachtet[44]: Die Grenze des Wortlauts sei überschritten, und wo es kein Gesetz gibt, das ein bloßes Hindernisbereiten unter Strafe stellt, da gibt es auch keine Straftat (*nulla poena sine lege*).

Der BGH hat dann allerdings sehr tief in die Trickkiste gegriffen, hier in die Lehren aus dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, und wie folgt argumentiert[45]: Der Fahrer des ersten Autos oder der ersten Straßenbahn, das oder die durch den Sitzstreik am Weiterfahren gehindert wird, erfährt keine Gewalt. Wohl aber die sodann folgenden Fahrzeuge in zweiter, dritter, vierter und so weiter Reihe. Begründung: Im Hinblick auf sie bedienen sich die Sitzstreikenden des Fahrers des ersten Fahrzeugs als (nicht-dolosen[46]) „Werkzeugs". Sie verwirklichen daher in sogenannter mittelbarer Täterschaft[47] den Tatbestand der Nötigung.

Aus dem Horizont des nicht-juristischen Bürgers kann man dies wohl nur als „typisch juristische" Spitzfindigkeit, wenn nicht gar als Realsatire verstehen. (In der juristischen Literatur fiel das Wort „rabulistisch".[48])

---

entscheiden (Einzelheiten §§ 91a-91d BVerfGG – Bundesverfassungsgerichtsgesetz). – Erstaunlicherweise hat eine schon 10 Jahre vorher ergangene Senatsentscheidung die Rechtsprechung des BGH gebilligt, und dies ganz explizit, ohne auf die Zweite-Reihe-Rechtsprechung einzugehen: BVerfGE 104, 92 - Sitzblockaden III Wackersdorf/Autobahnblockade I (2001).

42 § 3 Rn. 13 mit Fn. 23, § 3 Rn. 38 mit Fn. 51; § 9 Rn. 31.

43 BVerfGE 73, 206 – Sitzblockaden I Großengstingen (1986).

44 BVerfGE 92, 1 – Sitzblockaden II Großengstingen (1995).

45 BGHSt 41, 182 (184 f.) – Blockade der Autobahn wegen des Verbots einer Kurdendemonstration (ebenfalls 1995!). – Dabei hätte es völlig ausgereicht zu sagen: Die Blockierer haben sich gegenüber den Polizisten aggressiv verhalten, und dann wird eine Blockade „natürlich" zu Gewalt (sie verliert, mit anderen Worten, den Charakter eines „gewaltlosen Widerstands").

46 Also ohne selbst bezüglich der Nötigung mit Vorsatz („dolus") handelnd.

47 Geregelt in § 25 Abs. 1 StGB (Hervorhebung J.L.) „Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder *durch einen anderen* begeht." Im Einzelnen ist vieles streitig, siehe *Wolfgang Joecks/Jörg Scheinfeld*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., München 2020, § 25 Rn. 59–184; berühmtes Buch: *Friedrich-Christian Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, Berlin 1965.

48 So völlig zu Recht die Anmerkung von *Knut Amelung*, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1996, 230–231. Auch er betont (wie hier Fn. 45), dass man stattdessen die Art und Weise des Blockierens zu würdigen hat (z.B. ob Krankenwagen blockiert werden); letztlich wertet er die Entscheidung als einen „Fall kaum verhüllten Ungehorsams eines BGH-Senats gegenüber der dritten Sitzblockaden-Entscheidung des BVerfG."

Völlig richtig dann auch das Fazit „Der 1. Senat des BGH scheut sich nicht, das BVerfG ‚vorzuführen', indem er sich aus dessen Begründung einen einzelnen Gesichtspunkt herauspickt und daraus Konsequenzen ableitet, die den Vorstellungen des BVerfG offensichtlich widersprechen. Ein solcher Umgang der obersten Gerichte miteinander kann niemanden erfreuen, auch den nicht, dem die Entscheidung des BVerfG nicht gefällt, wofür es gute Gründe gibt. Wenn unsere höchsten Richter sich wechselseitig demontieren, gewinnt das Recht, das sie sprechen, nicht gerade an Autorität." Und weiter: „Das BVerfG hat wie jeder Urheber eines **autoritativen Rechtstextes** [siehe dazu unten § 14 II und III, J.L.] einen **Anspruch** darauf, **ernst genommen zu werden**, und das bedeutet zumindest, daß man ihm keine Absurditäten unterstellt. Dieser Grundsatz rechtfertigt es, über die zweifellos vorhandenen Begründungsschwächen hinwegzusehen, wie man bei der Interpretation eines Gesetzes über Fehler in der

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

29 Ganz allgemein kann man daher sagen: Es ist durchaus begründungsbedürftig, dass, warum und inwieweit in Rechtsfragen der Horizont der Juristen maßgeblich sein soll. Schon Hegel hat sich in seiner Rechtsphilosophie ein wenig über den „Juristenstand" mokiert,[49] nicht zuletzt deshalb, weil zu seiner Zeit in manchen Teilen des späteren Deutschland zumindest subsidiär ein Recht galt, dass in einer toten, nur höheren Schichten geläufigen Sprache verfasst war, nämlich Latein: das Römische Recht.[50]

Was könnte es also rechtfertigen, dass Juristinnen und Juristen aus *ihrem* Horizont heraus den Rest der Welt *sub specie iuris* (unter dem Blickwinkel des Rechts) beurteilen?

Die Antwort lautet klar und deutlich: nur ihre Methode.

Diese Methode ermöglicht es, dem konkreten Fall gerecht zu werden. Und ab einem gewissen Grad der Verselbständigung und Professionalisierung der Rechtspflege zudem: das Recht zu einem vernünftigen Sinnzusammenhang auszugestalten.

2. Die Frage nach der Richtigkeit

30 Interpretation, so können wir nun sagen, ist – nicht nur in der Kunst – immer relativ. Es gibt immer einen ganz individuellen „Sender" und einen ganz individuellen „Empfänger". Dabei muss „Sender" nicht notwendig eine natürliche Person sein, es kann auch eine Institution sein („der Gesetzgeber") oder, wenn man daran glaubt, ein Gott (s.o. Rn. 4). Auf Seiten des „Empfängers" finden sich meist mehrere Rollen: Man ist Privatperson, aber auch Mann oder Frau, Schüler oder Lehrer, Richterin oder Richter. Was bedeutet dies nun für das gegenseitige Interpretieren?

a) Die Unwahrscheinlichkeit „richtigen" Verstehens („doppelte Kontingenz")

31 Zuallererst ist eine Selbstverständlichkeit zu betonen: Gegenseitiges Verstehen ist unwahrscheinlich. Wir haben alle eine ganz unterschiedliche Geschichte und Vorgeschichte, keine zwei Leben verlaufen nach denselben Gesetzen und Entscheidungen. Wenn zwei Individuen einander verstehen wollen oder müssen – sagen wir Student S und „der Gesetzgeber" des Art. 6 Abs. 1 GG –, dann begegnen sie einander in, wie Luhmann sagt, „doppelter Kontingenz"[51]: Was beide Seiten unter dem Begriff „Ehe" verstehen – genauer: verstanden haben und nun verstehen sollten –, ist geprägt von einer Mischung aus Zufällen und Notwendigkeiten, eben „Kontingenz"[52].

Ich muss gestehen, dass mir der Begriff „doppelte Kontingenz" bei meinen ersten Luhmann-Begegnungen gar nicht besonders aufgefallen ist. Vielleicht, weil er größe-

---

Gesetzesbegründung oder Redaktionsversehen hinweggeht, um zu einer in sich sinnvollen Kernaussage des interpretierten Textes zu gelangen."

Man könnte dies geradezu als den Kernsatz einer **Interpretationsethik** bezeichnen. – „Rabulistisch" bedeutet: haarspalterisch, spitzfindig, wortklauberisch.

49 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 215 Anmerkung und Zusatz; zitiert nach: Werke, Band 7, Frankfurt a.M. 1970.

50 Kodifiziert im Corpus Iuris Civilis des Kaisers Justinian (533); übrigens in Ostrom (Konstantinopel), dem heutigen Istanbul.

51 *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1986, Kapitel 3.

52 Zum Begriff *Walter Brugger* S.J., *Walter Hoering* und die *Redaktion* (zu Luhmann): Kontingenz, in: HWPh (Fn. 7), Band 4 (1976), Sp. 1027–1038.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren Skeptikern als mir plausibel machen will, was mir schon vorher plausibel war: dass es einen „objektiven" Sinn gibt (objektive „Bedeutungen") – einen Sinn, ohne den wir aneinander vorbeireden müssten.

b) Bezug auf den gemeinsamen Sinnzusammenhang „Recht" (Dogmatik)

Angesichts dieser doppelten Kontingenz ist klar, dass eine gelingende[53] Verständigung über Recht eine Art gemeinsame „Sprache", besser: einen gemeinsamen Sinnzusammenhang voraussetzt. Diesen Sinnzusammenhang „stiften" auf sozusagen unterer Ebene die juristische Methode, so wie wir sie in Gestalt einer „working logic" rekonstruiert haben – wer rechtlich argumentiert, muss *so* argumentieren. Eine Ebene darüber wird der Sinn – oder wenn man will: werden die Bedeutungen durch das etabliert, was man **Dogmatik** nennt. Wobei ich unter Dogmatik nicht mehr, aber auch nicht weniger verstehe als die Gesamtheit der Lehren von der Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen. 32

Dass auch der Begriff Dogmatik nicht einheitlich verwendet wird, dazu unten mehr (§ 11 Rn. 7–13, § 39 Rn. 19–34). – Eine Definition, die kürzlich viel Anklang gefunden hat, lautet: Dogmatik ist alles das, was es an Rechtstexten außerhalb der Gesetzestexte gibt.[54] Also etwa die Dreistufentheorie zu Art. 12 GG (s.o. Rn. 19).

c) Das Fehlen von Letztkriterien

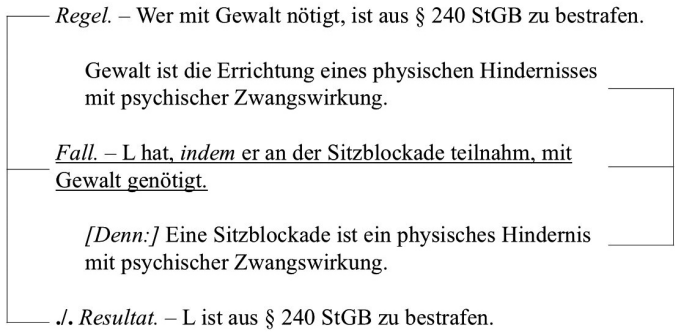
Mit dem Bezug auf den gemeinsamen Sinnzusammenhang ist allerdings noch nicht entschieden, welche von mehreren Interpretationen des Rechts, aber auch des Sachverhalts die „richtige" ist. Insoweit gibt es nur selten klare Regeln, etwa *in dubio pro reo* („im Zweifel für den Angeklagten"). Stattdessen ist das „Ende der Fahnenstange", bis zu dem logische Konstruktion gelangt, in allen interessanten[55] Rechtsfragen und Rechtsfällen eine Situation, in der sich gleichsam zwei Kunstwerke gegenüberstehen, zwei Konstruktionen, zum Beispiel (siehe schon § 9 Rn. 18) die *beiden* Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS): 33

53 Zum Begriff des Gelingens siehe unten § 31 Rn. 86–102; zur juristischen Gelungenheit §§ 33, 34.

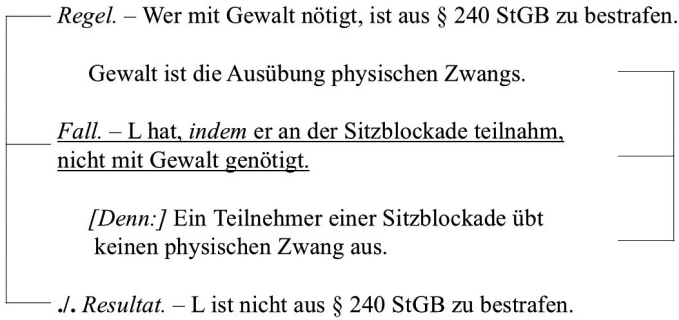
54 *Jannis Lennartz*, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, S. 171 f.: „Dogmatik fasst dann juristische Begriffe, die Teil des juristischen Wissens sind, ohne selbst in Normtexten vorzukommen." Zur Erläuterung sodann: „Der Begriff ‚Wegnahme" findet sich unmittelbar in § 242 StGB, der Begriff ‚Gewahrsamsbruch' nicht."

55 Interessant sind Rechtsfragen erst dann, wenn sich für beide Lösungen, für Pro und Contra, gute Gründe finden lassen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -



versus



Wie soll man sich nun entscheiden? Ist vielleicht hier der Punkt erreicht, wo es um „letzte Werturteile" geht?

Nebenbei: Natürlich ist es schon eine enorme Leistung des Rechts, einen Konflikt auf zwei *und nur zwei* Lösungen zu reduzieren – und dann ist erst einmal Ruhe.

34 Die NJML will betonen: Natürlich geht es hier um „Wertungen", also um *auch-emotionale* Stellungnahmen zu diesem Sachverhalt (§ 5 Rn. 37–39). Natürlich wird dabei auch *immer* das Ergebnis („Resultat") des jeweiligen Syllogismus mitgedacht (§ 9 Rn. 29–31. Was aber das Urteil über den *gesamten* Syllogismus angeht, so ist letztlich entscheidend – *entscheidend* –, welche der beiden Konstruktionen insgesamt „gelungener" ist.

Genauer zu dieser „Juristischen Ästhetik", das ist die zweite große Neuerung der NJML, unten §§ 32–34.

35 In unserem Fall wird man aus dem Horizont oder Sinnzusammenhang „Recht" heraus sagen können: Für die zweite Variante spricht zunächst das Verständnis von „Gewalt" in der Alltagssprache (das ist nun einmal die Sprache der dem Recht Unterworfenen). Darüber hinaus spricht dafür die Gewaltenteilung: Wenn der Gesetzgeber den Fall eindeutig regeln könnte, dann *muss* er – muss *er* – dies auch tun, hier: indem er in den Tatbestand des § 240 StGB die Variante einfügt:

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 240 Abs. 1 StGB NEU Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt, *durch das Bereiten eines Hindernisses* oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Dies zeigt zugleich, dass die Bestimmung des Begriffs „Gewalt", wie sie vom BGH vorgenommen und vom BVerfG letztlich doch gebilligt wurde, die „Grenze des Wortlauts"[56] überschritten hat. 36

In den gängigen juristischen Methodenlehren markiert die „Grenze des Wortlauts" zugleich die Grenze zwischen „Auslegung" und „Rechtsfortbildung" – wir kommen darauf zurück (§ 16 Rn. 2, § 21a Rn. 9 mit Fn. 9).

Folglich ist die zweite Variante auch und vor allem deshalb vorzuziehen, weil sie nicht gegen den geltenden Rechtssatz „Keine Strafe ohne Gesetz" (siehe § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG) verstößt.

Umso mehr erscheint dann die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung" des BGH geradezu als Slapstick-Einlage.

d) „System 1" und „System 2"

So weit, so gut. Hinzuzufügen ist nun noch ein Aspekt, der in den gängigen juristischen Methodenlehren kaum Beachtung gefunden hat. Er entstammt den neuen Kognitionswissenschaften und der sogenannten Verhaltensökonomie (mehr dazu unten §§ 35 und 36), und er besagt in etwa: 37

Das menschliche Denken, insbesondere das ökonomische Denken, und das darauf beruhende Verhalten ist keineswegs stets streng „rational".[57] Vielmehr ist es davon beeinflusst, wie wir die Welt wahrnehmen, und insofern neigen wir dazu, sie zunächst einmal in eher groben Schemata – man könnte auch sagen: mit Vorurteilen – wahrzunehmen: Protestierende Studenten gehören, zumal im Jahr 1969, bestraft. Und wenn man dies schon in einem Fall tun kann, in dem es nur um eine Fahrpreiserhöhung geht und nicht um Ho Tschi Minh[58] (1890–1969), umso besser.

Ho Tschi Minh war der Staatschef des damaligen Nord-Vietnam. Bei Demonstrationen gegen den Vietnam-Krieg der USA, die zugleich oft Demonstrationen pro Kommunismus waren, wurde häufig „Ho-Ho-Ho-Tschi-Minh" skandiert.

Derartige Urteile „aus dem Bauch heraus" bezeichnet Daniel Kahneman (geb. 1934), der berühmteste Vertreter der neuen Kognitionswissenschaften, als „Intuitionen". Sie sind in vielen Fällen richtig und wichtig, etwa wenn man zum langen Nachdenken keine Zeit hat – der Feuerwehrhauptmann schreit intuitiv „Raus hier!" und weiß erst 38

56 Zu dieser etwas mysteriösen Grenze wird man sagen können: Es gibt sie, und es gibt sie nicht (sie ist also ein Paradox; zur „Paradoxie des Entscheidens" unten § 30 I). Es gibt klare Fälle, die (noch) außerhalb liegen, es wird aber auch neue Fälle geben, die der Wortlaut umfassen kann. Vielleicht kann man sagen: Rechtstexte (und ihr Wortlaut) sind ein Trägheitsmoment in der Fortentwicklung des Rechts. Wenn man ihre Bedeutung ändern will, muss man die nötige Energie investieren. Sie ändern sich aber auch dann, wenn man keine Energie hineinsteckt und sie anderen Kräften überlässt (Entropie!) – zum Beispiel der Begriff „Rechtssicherheit" (dazu am Rande in § 11 Rn. 19). – Zur Vagheit schon § 9 Rn. 1 f.

57 Gemeint: bewusst vom Verstand in berechenbarer Weise gelenkt.

58 So die damalige Schreibweise. Heute lautet sie offenbar: Hồ Chí Minh.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

später, warum.[59] Oft aber sitzt man Verzerrungen (*biases*) auf, die das Denken auf Bahnen lenken, die in eher unvernünftigem, irrationalem Verhalten enden. Die Werbung lebt davon (*sex sells*).

Die wohl bekanntesten Beispiele sind das *framing* und das *anchoring*. Man stellt die Entscheidung des Gegenübers in einen bestimmten Rahmen, betont z.B. die Chancen statt die Risiken. Man nennt eine möglichst hohe Zahl („auch wenn sie gar nicht ernst gemeint ist"), um bei Verhandlungen über den Preis den Spielraum nach oben zu öffnen.

39 Kahneman unterscheidet im Denken (*thinking*) sodann, mit bewusst blassen Termini, ein „System 1" und ein „System 2". Das System 1 liefert auf der Grundlage von relativ einfachen „Heuristiken"[60] relativ schnell Ergebnisse. Das System 2 *muss* hingegen eingeschaltet werden, wenn die Aufgabe nicht ohne genaueres Nachdenken zu lösen ist, so schon bei etwas schwierigeren Rechenaufgaben (wieviel ist 47 mal 53?). In anderen Fällen hat man die Wahl: Man *kann* das System 2 einschalten, man kann aber auch „aus dem Bauch heraus" entscheiden. Insofern hat das System 2 den Nachteil, so Kahneman, dass es faul ist. Rationaler formuliert: Es kostet mehr Energie, gründlich nachzudenken, als sich von „Intuitionen" leiten zu lassen. Daher ist es in gewisser Weise ökonomisch rational, wenn man System 2 außen vor lässt. Auf lange Sicht kann es aber ökonomisch irrational werden – etwa wenn man einem kurzfristigen Vorteil einen langfristigen Gewinn opfert.[61]

Genaueres zu allem unten § 35.

40 Für das Recht bedeutet dies: Man kann auch rechtliche Probleme mehr oder weniger „emotional" wahrnehmen und mehr oder weniger „intuitiv" lösen. Aufgabe eines professionell oder gar wissenschaftlichen betriebenen Rechts ist es aber, gleichsam das „System 2" der Gerechtigkeit zu sein. Es geht in jedem Fall nicht nur um diesen einen Fall mit seinen speziellen Emotionen, sondern darum, wie seine Lösung sich in das Geflecht der vielen anderen Fälle einordnen lässt, die ihm vorausgegangen sind, und wie diese Lösung sich in Zukunft auf weitere Fälle (und weitere „Geflechte"[62]) auswirken wird. Mit anderen Worten: Es geht bei der Lösung rechtlicher Probleme um eine *angemessene Komplexität* der Gründe, auf denen sie beruht.

Es ist daher erschreckend, wenn ausgerechnet die Gesetzgebung um eines kurzfristigen Effekts willen (Beschwichtigung der Öffentlichkeit) Gesetze schafft, die mangels Bestimmtheit kaum anwendbar sind, d.h. auf lange Sicht mehr Konflikte schaffen als

---

59 *Daniel Kahneman*, Thinking – Fast and slow (2011), deutsch: Schnelles Denken, langsames Denken, München 2012, S. 23 und 291–293.

60 Heuristiken sind Schemata, die es ermöglichen, schnell eine Lösung zu finden (von griechisch *heureín* = finden; *heúrēka* heißt: ich habe es (z.B. eine Problemlösung) gefunden. – Zur *heúrēsis* (Stoffsammlung als erstes Arbeitsstadium des Rhetorikers) in der Antiken Gerichtsrhetorik siehe oben § 2II Rn. 6 f.

61 Berühmt: *Walter Mischel*, The Marshmallow Test. Mastering Self Control, New York 2014; deutsch: Der Marshmallow-Test. Willensstärke, Belohnungsaufschub und die Entwicklung der Persönlichkeit, 2. Aufl., München 2015. – Insgesamt ein sehr anregendes Werk, s. z.B. S. 195 ff.: *If-then Signatures of Personality* (vielleicht ein wichtiger Punkt persönlicher Rechtlichkeit?); oder: *self control cools aggressive tendencies*.

62 Um hier einmal den Terminus Sinnzusammenhang (§ 5 II Rn. 40–59) zu vermeiden.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lösen. Ein Beispiel ist § 184j StGB, der nach der sogenannten Kölner Silvesternacht[63] von 2015/2016 in einem Schnellschuss den Tatbestand „Straftaten aus Gruppen“ geschaffen hat[64] – er folgt letztlich der unterkomplexen Heuristik „mitgefangen, mitgehangen“. Auch dies ist eher Realsatire als seriöse Jurisprudenz.[65]

Man könnte übrigens überlegen, ob es auch noch ein „System 3“ gibt: eine Art Supervision, die zu beurteilen hat, ob „System 2“ mit angemessener Komplexität an die Dinge herangeht. Denn auch eine zu hohe Komplexität (Hyperkomplexität) ist schädlich: Sie kostet zu viel und weckt Misstrauen – so das Um-die-Ecke-Denken der Zweite-Reihe-Rechtsprechung. 41

IV. Resümee: „Das Wahre ist das Ganze“

Was folgt nun aber aus diesem Fehlen von Letztkriterien und der Erkenntnis, dass Entscheidungen auf einer *angemessen komplexen* Entscheidungsfindung beruhen müssen? Wenn man so will: die ganz besondere Schwierigkeit des juristischen Berufs. 42

Meine hochgeschätzte Dresdener Kollegin Ursula Stein hat einmal gesagt: Juristen müssen zwei Fähigkeiten miteinander verbinden, die sich geradezu widerstreiten: hohe Kreativität und große Pingeligkeit.

Etwas weniger emphatisch und in Anlehnung an Hegel: Das Wahre ist das Ganze. Bei der Begründung von juristischen Entscheidungen – und Begründungen zu liefern ist ja Gegenstand der juristischen Methode – kommt es am Ende auf den Zusammenklang des Ganzen an. Insofern gibt es gewisse Regeln, die nicht verletzt werden dürfen, insbesondere die Regeln der Logik, und es müssen bei der Interpretation der Rechtsbegriffe, der Rechtssätze und der rechtlichen Schlussfolgerungen verschiedene Sinnzusammenhänge aufeinander abgestimmt werden. All dies ist aber letztlich durch und durch logisch strukturiert, so dass ich, um dieses Leitmotiv aufzugreifen, für eine „Wertung“ außerhalb der Logik keinen Platz finde.

Und dass am Ende ein einzelner Mensch als Juristin oder Jurist eine rechtliche Entscheidung zu treffen hat – aus seinem kontingenten Horizont heraus –, das nennt man besser nicht Wertung, sondern Verantwortung.

---

63 In der Kölner Silvesternacht war es auf der Domplatte in Köln zu vielen Übergriffen von jungen Männern, die meisten aus dem nordafrikanischen und arabischen Raum, gegenüber Frauen gekommen.

64 Die Vorschrift lautet: „Wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“

65 Siehe nur *Joachim Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (StGB), 4. Aufl., München 2021, § 184j Rn. 2: „Der Tatbestand wurde gegen alle Bedenken aus reinem *Populismus* im Rechtsausschuss durchgedrückt.“ Und Rn. 8: „Es handelt sich um eine der schlimmsten Verirrungen des Gesetzgebers in der Geschichte der Bundesrepublik, die mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht nichts zu tun hat.“ – Siehe aber auch § 231 StGB (Beteiligung an einer Schlägerei).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 11 Regel- und Systembildung (Dogmatik)

1 In gewisser Weise war alles, was wir bisher erörtert haben, zwar nicht trivial (denn es hat gelegentlich hinterfragt, ob das, was uns selbstverständlich erscheint, wirklich auf sicherem Grund steht). Dennoch haben wir die sozusagen höheren Sphären der juristischen Methode erst am Rande berührt. Deshalb müssen wir nun schauen, wie sich mit Hilfe dessen, was wir für die Rechtserzeugung (oder wenn man will: Rechtsproduktion) im einzelnen Fall beobachtet haben, nach und nach ein SINNZUSAMMENHANG entwickeln kann (zu diesem Begriff § 5 Rn. 40–59), den man „Recht" nennen darf. Ein Recht, das diesen Namen verdient. Insoweit dürften die drei wichtigsten Thesen sein:

2 Erstens. Die Grundoperation des Rechts ist die **Bildung** von **Regeln**. Oder in den Worten des jungen Friedrich Carl von Savigny (1779–1861): „Gesetzgebung"[1] (!). Dabei ist unter „Gesetz" das zu verstehen, was man im bundesdeutschen Rechtskreis „die Norm" zu nennen pflegt: also eine *abstrakt-generelle* Regelung in der Struktur eines Wenn-dann-Satzes. Oder wie man es auch nennt: ein *Gesetz im materiellen Sinn*.[2]

> *Jede* Entscheidung eines konkreten Falls beruht auf einer Regel. Entweder ist diese Regel „schon da", oder sie wird für diesen Fall entwickelt – allerdings mit dem Anspruch, in allen folgenden Fällen, die diesem Fall gleichen, ebenfalls zu gelten.
>
> > Es gibt freilich auch Akte, die jedenfalls der Doktrin nach *keiner* Regel folgen – etwa Gnadenakte (man lässt „Gnade vor Recht ergehen"). Auf derartige Akte hat man keinen *Rechts*anspruch. Letztlich lag darin der Clou in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Mordes: Die lebenslange Freiheitsstrafe kann, ohne dass dies gegen die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG – Grundgesetz – verstieße, wirklich „lebenslang" dauern. Es muss aber
> >
> > „[dem] Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleib[en], je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung allein ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren **gesetzlich** zu **regeln**."[3]

3 Wenn man so will, ist dies das „Recht auf Rechte", das die Menschenwürde uns verleiht.

---

1 So in der Methodologie-Vorlesung von 1802/03. In der Nachschrift eines berühmten Studenten heißt es: „Der Zweck der Rechtswissenschaft ist nun: die gesetzgebenden Funktionen eines Staates historisch darzustellen" (*Friedrich Carl von Savigny*, Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 13). Und in Savignys eigenem, fragmentarischen Manuskript: „Begriff der Jurisprudenz oder Gesetzgebungswissenschaft", ferner: „Jeder Text soll *einen Theil* der *ganzen Gesetzgebung* aussprechen, (…)" (*Friedrich Carl von Savigny*, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, hrsg. von Aldo Mazzacane, Frankfurt a.M. 1993, S. 87, 91 f.). – Den Hinweis verdanke ich *Karl Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin etc. 1983.

2 Gesetz im *formellen Sinn* sind hingegen alle Akte, die von der Legislative in dem für Gesetzgebung vorgesehenen Verfahren beschlossen werden.

3 BVerfGE 45, 187 (Leitsatz 2) – Lebenslange Freiheitsstrafe (1977) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 45, Seite 187 [Fundstelle]); Hervorhebung J.L.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Formel vom „Recht, Rechte zu haben“[4] stammt von der Philosophin Hannah Arendt (1906–1975) – sie wurde als Jüdin von den Nationalsozialisten verfolgt, konnte in die USA emigrieren und war dort u.a. als Professorin tätig. In der deutschen Jurisprudenz hat Christoph Enders (geb. 1957) diesen Gedanken in seiner Habilitationsschrift zur Menschenwürde[5] entfaltet.

Zweitens. Regelbildung ist eine Sache der **Logik**. Sie ist letztlich von der Begriffsbildung nicht zu trennen – das haben wir, wie ich hoffe, in § 8 bis § 10 zur Genüge erörtert. 4

Sehr schön auch die Formulierung von Lübbe-Wolff (geb. 1953): „Jede Regelbildung kann man als Begriffsbildung ansehen und umgekehrt.[6]

Drittens. Regeln müssen aufeinander abgestimmt werden – dies ist Aufgabe der **Systembildung**. Auch diese Systembildung ist eine Sache der **Logik**. Sie beginnt auf unterer Ebene mit den logischen Beziehungen, die sich sozusagen a priori aus dem Inhalt einer Aussage „als solcher“ ergeben: Was verboten ist, kann nicht zugleich erlaubt sein (zu den Aussage- und Normquadraten s.o. § 5 Rn. 62–64). Schwieriger wird es, wenn ein und dasselbe Verhalten unter dem einen Aspekt verboten ist, unter einem anderen Aspekt aber nicht nur erlaubt, sondern sogar *ge*boten. 5

Beispiel aus der antiken Gerichtsrhetorik (oben § 2 Rn. 15): Im *gymnásion* (also in den Sportanlagen, vgl. englisch *gym*) dürfen keine Standbilder von Frauen aufgestellt werden – das ist Regel Nr. 1. Regel Nr. 2: Wer einen Herrscher umbringt, der sich zum Tyrannen entwickelt hat (aktuelle Beispiele gibt es zuhauf), von dem wird im *gymnásion* ein Standbild aufgestellt. Wie ist zu entscheiden, wenn eine Frau den Tyrannen getötet hat?

Zu Antigone später (unter III vor 1).

Wir werden sehen, dass die Systembildung auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen kann – Stichwort Fallrecht und Gesetzesrecht – und dass auch der Übergang von der Regel- zur Systembildung fließend ist. Ob man diese Regel- und Systembildung dann **Dogmatik** nennen will und, falls ja, ab welchem Grad an Kompliziertheit ein Begründungszusammenhang diese Bezeichnung verdient, das sollte man vorweg kurz klären. 6

Das (bundes-)deutsche Verständnis scheint zu sein: Dogmatik ist, wenn es kompliziert wird. Dies führt bisweilen aus der Sicht anderer Rechtskreise zu Befremden: *Oh My God! German Legal Dogmatics …*[7]

I. Zum Begriff Dogmatik

Ich muss gestehen, dass ich zum Begriff Dogmatik ein entspanntes Verhältnis habe. „Dogma“ kommt von altgriechisch *dokeí moi*, das heißt: „es scheint mir (richtig zu sein), es ist meine Meinung“. Ein Dogma im altgriechischen Sinn erhebt daher 7

4 *Hannah Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1955), 2. Aufl., München 1962, S. 444 (original: The Origins of Totalitarism, 1951); gekürzte deutsche Ausgabe: Frankfurt a.M. 1958, S. 48 f.

5 *Christoph Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 1997 (Studienausgabe 2019), S. 501–509, allerdings ohne Bezug auf Arendt.

6 *Gertrude Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg/München 1981, S. 44.

7 *Peter A. Windel*, OMG – German Legal Dogmatics!, Baden-Baden 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerade nicht den Anspruch auf unumstößliche „Wahrheit", auf Erkenntnis des wahren „Wesens" eines Phänomens. Sondern nur – aber immerhin – auf „Richtigkeit": eine Richtigkeit, die sich auf „die besseren Gründe" stützt, ohne sich einer Diskussion dieser Gründe zu verschließen.

Im Sprachgebrauch der Theologie sind „Dogmen" im strengsten Sinn in der Tat „Glaubenssätze, deren Anerkennung eine kirchliche Gemeinschaft von ihren Gliedern, oder wenigstens von ihren Lehrern, ausdrücklich fordert."[8] In einem weniger strengen Sinn ist „Dogmatik" weitgehend synonym mit „Systematischer Theologie" – und ähnelt dann durchaus der juristischen Dogmatik. – Dass die Jurisprudenz auch mit der Medizin eine gemeinsame Dogmatik-Tradition hat, ist weniger bekannt.[9]

Dem theologischen Sprachgebrauch verdankt das Wort „dogmatisch" offenbar seine Konnotation von „stur, ideologisch, unempathisch". – Konnotationen sind Bedeutungen, die in einem Begriff „mitschwingen"[10] – etwa in dem Begriff „links".

1. Definition: Bezug auf (a) *rechtliche* (b) *Richtigkeit*

8 Ich möchte daher schlicht und einfach wie folgt definieren:

Juristische Dogmatik ist die Lehre („Doktrin") – besser die *Gesamtheit* der Lehren – von der rechtlichen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen – *and nothing more pretentious*.[11]

Wichtig daran ist vor allem, dass es allein um *rechtliche* Richtigkeit geht, nicht also um die politische oder wirtschaftliche Richtigkeit einer rechtlichen Entscheidung.

Wenn man daher auf einer rechtswissenschaftlichen Tagung hört, es solle im Recht „weniger Dogmatik, mehr Demokratie" herrschen, dann klingt dies zunächst gut (Demokratie ist ja positiv konnotiert). Etwa in diesem Sinn: weniger juristisches Geheimwissen (vgl. § 10 Rn. 29 mit Hinweis auf Hegel), stattdessen mehr Regeln, die „für alle" einleuchtend sind. Auf den zweiten Blick bedeutet es freilich: weniger Recht („Dogmatik"), mehr Politik („Demokratie"). Und dies wiederum heißt: mehr

8 *Martin Elze*, Dogma, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh), Band 2, Basel 1972, Nachdruck Darmstadt 2019, Spalten 275–277 (276), nennt dies den abgeschwächt katholischen Begriff.

9 Klassiker: *Maximilian Herberger*, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt a.M. 1981. These sogar (S. 5): „Es geht … um den Nachweis, daß die Juristen ihren Dogmatik-Begriff aus der medizinisch orientierten Wissenschaftstheorie der Erfahrungswissenschaften [!!] übernommen haben." Dieser Nachweis wird sodann von Platon, Aristoteles und Galenos über Cicero, das Mittelalter und die Renaissance bis hin zu Thomasius, Christian Wolff und Comte geführt; das Ende dieser Art von Dogmatik markieren dann Puchta und Ihering.

10 Beispiel bei *Hans Hannappel/Hartmut Melenk*, Alltagssprache. Semantische Grundbegriffe und Analysebeispiele, 2. Aufl., München 1984, S. 128–131 (130): „Ein Bekannter, der seinem besten Doktoranden ein Empfehlungsschreiben mit auf den Weg gegeben hatte, erhielt neulich einen Anruf vom Dekan einer neu gegründeten Universität. ‚Darf ich fragen, Herr Kollege, was sie unter ‚bescheiden' verstehen? Hat Ihr Kandidat gute Umgangsformen, oder ist er einfach doof?'".

11 Vgl. *Oliver Wendell Holmes, jr.*, The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991–1009 (994): „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Macht, hier: Macht der Mehrheit (und im schlimmsten Fall: von Demagogen, die sich zu Tyrannen entwickeln; schon Platon hat das beschrieben[12]).

Auf den dritten Blick heißt es schließlich sogar: weniger *Richtigkeit*, wenn nicht gar: Verzicht auf Richtigkeit. Recht, wie wir es verstehen, muss *begründen*, warum eine Regel richtig ist. Die Demokratie muss es nicht, da reicht die Mehrheit („Demokratie ist Ersatz für Wahrheit"[13]), und ein Wille zur Macht (bzw. zu mehr Macht) muss es auch nicht.

Zur Irreführung durch ein Konzept der deliberativen Demokratie s.o. § 5 Rn. 83.

Natürlich kann man sogar bestreiten, dass es überhaupt so etwas wie rechtliche *Richtigkeit* gibt (s.o. § 3 Rn. 41). Dann sollte man aber nicht mehr von Rechtswissenschaft sprechen, sondern vom Feuilletonteil der Politik.[14]

2. „Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall"

Was die Komplexität der Lehren angeht, die man Dogmatik nennen darf, bin ich ebenfalls sehr basisorientiert: Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall.[15] Dogmatik beginnt, wenn man einem rechtlichen Entscheider einen zweiten Fall vorhält, der dem Fall, den er gerade entschieden hat, ähnelt – oder sagen wir: mehr oder weniger ähnelt. Der gewitzte Bauer, der seinen Guts- und zugleich Gerichtsherrn zu dem Rechtsspruch verleitet, für die Verletzung einer Kuh („Tatbestand") sei Schadensersatz zu leisten („Rechtsfolge"), argumentiert **dogmatisch**, wenn er sagt: „Übrigens, hoher Herr, es war nicht mein Hund, sondern eurer, und nicht eure Kuh, sondern meine." 9

Und er argumentiert zugleich **logisch**, denn Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit, nach pragmatistischer Auffassung: der Folgerichtigkeit des Handelns (§ 4 Rn. 8–9).

In diesem Sinn ist denn auch ein Fallrecht, um vorzugreifen, etwas Dogmatisches.

---

12 *Platon*, Politeía (auf Deutsch meist falsch übersetzt mit „Der Staat"), Buch 8. - Ein *aggiornamento*: *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

13 Mündliche Äußerung von *Bernd Rüthers*; in seinen Schriften habe ich sie so leider nicht gefunden. – Plakativ anderer Ansicht *Julian Nida-Rümelin*, Demokratie und Wahrheit, München 2006, S. 37–47, prägnant S. 7: „Demokratie ohne Wahrheitsansprüche ist inhaltsleer."

Das ist insofern richtig, als man auch in politischen Auseinandersetzungen bei Aussagen über *Tatsachen* schauen muss, was man seriös beweisen kann und was nicht. Falsch und gefährlich ist es hingegen, für die *Normen*, die einer politischen Überzeugung zu Grunde liegen, den Anspruch auf „Wahrheit" zu erheben. Es lässt sich nicht beweisen, dass die Taliban dümmer wären als wir oder dass sie gar wider besseres Wissen so handelten, wie sie es tun, etwa in der Geschlechterfrage. Nein, sie glauben daran, erfüllen daher jedenfalls den Anspruch auf Wahrhaftigkeit. Dass *wir* diesen Glauben und die darauf beruhenden politischen Überzeugungen für „falsch" halten, ist eine andere Frage, und es sprechen für die „Richtigkeit" (nicht Wahrheit!) unserer Auffassung überwältigend gute Gründe. Aber *entscheiden* muss darüber – in der Demokratie – die Mehrheit, und wir können nur hoffen, sie von unseren Gründen zu überzeugen.

Besonders fatal ist es, wenn Menschen, die eine „rechtliche Richtigkeit" leugnen würden, zugleich meinen, es könne eine „politische Wahrheit" geben. Das ist entweder paternalistischer Hochmut oder Selbsttäuschung.

14 *Christof Gramm* hat einmal von den Juristen als „Willensveredlern" gesprochen.

15 *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2008, S. 207–232 (224).

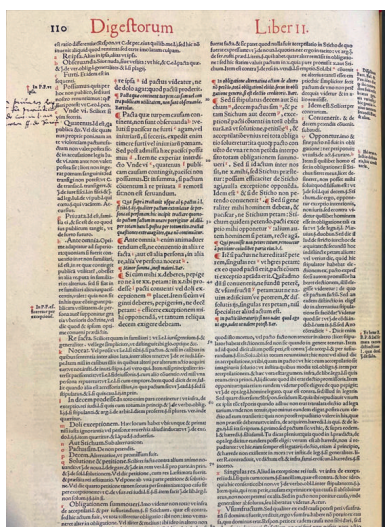
https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass man dann über die Frage, ob die beiden Fälle im **Wesentlichen** wirklich gleich liegen, unterschiedlicher Meinung sein kann, liegt auf der Hand. Ebenso liegt auf der Hand, dass dies keine Frage der Macht sein sollte („nun, Bauer, das ist ganz was anders …") – in einem Recht, das diesen Namen verdient.

3. Andere Verständnisse von Dogmatik

10 Nur kurz sei erwähnt, dass man unter Dogmatik auch etwas anderes verstehen kann. So wird etwa vertreten, „Dogmatik" sei all das, was es an rechtlichen Aussagen außerhalb des Textes der eigentlichen Rechtssätze, insbesondere der Gesetze („Normen"), zu deren Erläuterung und Interpretation gibt.[16] Das erscheint wenig hilfreich, denn selbst zentrale Rechtsbegriffe tauchen manchmal in Rechtssätzen gar nicht explizit auf: § 104 BGB regelt nur, wer geschäfts*un*fähig ist, nicht aber, was das Gesetz unter Geschäftsfähigkeit versteht. Ist also „Geschäftsfähigkeit" ein lediglich dogmatischer Begriff? Und ist daher die Überschrift zu Titel 1 des Abschnitts 3 von Buch 1 des BGB dessen eigene „dogmatische" Anmerkung? Man sieht: „Normtext" und Interpretation lassen sich schwerlich so exakt voneinander abgrenzen, dass man für das Verständnis von Dogmatik mehr als eine Äußerlichkeit gewonnen hat.

Diese Äußerlichkeit findet man geradezu bildlich in den mittelalterlichen Glossen und Kommentaren zum Römischen Recht: in der Mitte in großer Schrift die Vorschrift des Codex Iuris Civilis, drumherum in kleinerer Schrift die Anmerkungen.[17]



16 *Jannis Lennartz*, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, S. 171 f.

17 Quelle: Digestum vetus. Digestorum seu Pandectarum Iuris enucleati ex omni iure veteri in libros quinquaginta collecti authoritate sacratissimi principis D. Iustiniani Augusti Tomus primus (...) Lugduni/Lyon: Hugo a Porta 1552. Foto: Konstantin Liebrand – herzlichen Dank!

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Häufig wird „Dogmatik" auch zur Abgrenzung der sogenannten „Wissenschaft" von der sogenannten „Praxis" bemüht. Dies ist noch äußerlicher, denn unter „Wissenschaft" wird dann lediglich und institutionell die akademische Rechtswissenschaft an den Universitäten verstanden, während „Praxis" die Gerichte, Rechtsanwälte, Verwaltungsbehörden etc. sind.[18] Wirklich „dogmatisch" verfahren nach diesem Verständnis nur die akademischen Rechtswissenschaftler – dass dies Unsinn ist, liegt eigentlich auf der Hand. 11

Das Verhältnis von „Wissenschaft" und „Praxis" ist in Deutschland von einer Art Hassliebe geprägt. Einerseits verachtet man einander, andererseits freut sich jeder Richter über eine Honorarprofessur und jeder Professor darüber, wenn der BGH (Bundesgerichtshof) ihn zitiert oder wenn er im Neben- oder zweiten Hauptamt Richter an einem Kollegialgericht wird.

Besonders fragwürdig wird es schließlich, wenn man meint, „Dogmatik" sei ein besonderes Kennzeichen der deutschen Rechtswissenschaft.[19] Meist wird dies nämlich nur bedeuten, dass es in Deutschland eine größere Fülle an juristischer Literatur, demgemäß auch mehr überflüssige Literatur gibt als irgendwo sonst auf der Welt. Sollte es darüberhinaus bedeuten, dass die deutsche Jurisprudenz „systematisch" verfährt und der Rest der Welt „kasuistisch", wäre es allenfalls graduell wahr. 12

Anders gewendet: Wie sehr sich ein Recht durch Abstraktionen in die Tiefe ausdifferenziert, ist keine Frage des Ob, sondern des Wie von Dogmatik.[20]

Und ob der mittlerweile hypertrophe *German Way of Law* eine Zukunft hat, wird durchaus bezweifelt.[21]

Um es daher zu wiederholen: Der Begriff Dogmatik dient zur Abgrenzung einer Argumentation, die auf *rechtliche* Richtigkeit zielt,[22] von nicht-rechtlichen Argumenten (Politik, Wirtschaft, Moral, „Ethik"). Ob diese Dogmatik kurz und knapp oder weitschweifig und ermüdend ist, hat mit dem Begriff Dogmatik nichts zu tun. 13

Dass Begriffe dazu dienen, Phänomene voneinander *abzugrenzen*, haben wir schon erwähnt (§ 10 Rn. 27).

---

18 So offenbar die Vorstellung von *Wolfgang Kahl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, Tübingen 2020.

19 Z.B. *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 16), S. 149 ff.; s. auch bei und in Fn. 7.

20 Man kann sich mit Recht fragen, ob es so viele Lehrbücher und Kommentare zum Grundgesetz, zum Strafgesetzbuch, zum BGB und zu allen möglichen sonstigen Gesetzen geben muss.

21 Siehe etwa den Diskussionsbeitrag von *Oliver Lepsius* zu dem Referat von *Uwe Kischel*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 77 (2018), S. 328–330. – Allerdings hat Lepsius einen durchaus eigenwilligen Begriff von Dogmatik (letztlich: Dogmatik ist, wenn es hypertroph wird), dazu die kurze Replik von *Kischel* S. 345.

22 Dies dürfte letztlich nicht so weit entfernt sein von der vielzitierten, den Aspekt der Richtigkeit aber durch den der „Anerkennung und Befolgung" ersetzenden Definition von *Winfried Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30 (1971), S. 246: „Von einem strukturell-funktionalen Ansatz her kann man die Rechtsdogmatik als ein innersystematisch erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln verstehen, die als Bestandteile der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen." – Dass „Anerkennung und Befolgung" nicht richtig sein kann, erweist sich schon daran, dass auch Mindermeinungen – und gerade sie! – zur „Dogmatik" gehören.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Die Bildung von Regeln

Inwiefern vollzieht sich nun die Bildung von Rechtsregeln **logisch**?

1. Regeln als Programme zur Gleichbehandlung

14 Die erste Antwort ist eine erneute Wiederholung: Regeln – im Sinn von Wenn-dann-Sätzen, von Gesetzen (im materiellen Sinn) – garantieren Gleichbehandlung,[23] mit anderen Worten: logische Folgerichtigkeit (§ 4) in der Behandlung gleicher Fälle. Dies gilt mit Blick zurück in die Vergangenheit, aber auch, ja mehr noch, mit Blick auf die Zukunft. Jede rechtliche Entscheidung stellt eine Regel *für die Zukunft* auf, gerade dann, wenn sie eine völlig *neue* Regel aufstellt. (Peirce hat, wie wir uns erinnern, von dem Keim zur Verallgemeinerung gesprochen, der den Kern jeder Überzeugung – *belief* – bildet.[24])

> Ein Beispiel, vor dem man nicht genug Ehrfurcht haben kann, ist die Einsetzung des Nürnberger Tribunals zur Verurteilung der Verbrechen des Naziregimes („Nürnberger Prozesse").
>
> Weniger erfreulich ist, dass diejenigen, die bestimmte Regeln aufstellen oder fordern, sich manchmal selbst von der Geltung dieser Regeln ausnehmen. In unserem Beispiel des Bauern war es der Gutsherr (§ 4 Rn. 9), beim Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag sind es die USA, die sich der Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit entziehen.[25] Sie sind dann eben „gleicher" als die anderen.[26]

Im Grunde folgt schon aus der Funktion des Rechts – „Stabilisierung normativer Erwartungen"[27] –, dass „Gleichbehandlung in der Zukunft" bei der Produktion von Rechtsregeln das zentrale Anliegen sein muss.

2. Fallrecht und Gesetzesrecht

15 Wie schon angedeutet, herrscht im deutschen Juristenhorizont häufig die Vorstellung, das kontinentale Gesetzesrecht sei besonders regelorientiert, während sich das Fallrecht (*case law*) eher an der „Einzelfallgerechtigkeit" orientiere. Das kontinentale Recht sei daher rationaler und voraussehbarer.

---

23 So schon Aristoteles, dazu sogleich unter III Rn. 35–39.

24 *Charles Sanders Peirce*, The Architecture of Theories (1891), in: CP 6.33 (Collected Papers, Bände 1–6, hrsg. von Charles Harthorne und Paul Weiss, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 6, Paragraph 33); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 285; dazu schon oben § 6 Rn. 3.

25 Die USA sind dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofes nach wie vor nicht beigetreten und haben zudem durch bilaterale Abkommen mit Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten vereinbart, dass ihre Staatsangehörigen, die z.B. an einer Friedenmission der UN teilnehmen, dem IStGH nicht überstellt werden dürfen (*Meinhard Schröder*, in: Alexander Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 9. Aufl., Berlin 2024, Siebter Abschnitt Rn. 56). Es mag dafür allerdings nachvollziehbare politische Gründe geben, siehe *Torsten Stein/Christian von Buttlar/Markus Kotzur*, Völkerrecht, 15. Aufl., München 2024, § 73 Rn. 14 f. und 26.

26 Natürlich ist dies eine Anspielung auf *George Orwell*, Animal Farm, London 1945.

27 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 131 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Case law: Unterscheidung von ratio decidendi („rule") und obiter dictum

Ob dies je zutraf, mag offen bleiben – heute trifft es in dieser Deutlichkeit wohl kaum noch zu. Ganz im Gegenteil scheint das *case law* von der **Methode** her sogar **regelsensibler** zu sein als die deutsche Rechtsprechung. Gemeint ist die strikte Unterscheidung von *ratio decidendi* und *obiter dictum*. Sie hängt mit der Bindung der anglo-amerikanischen Gerichte an ihre eigenen Entscheidungen und die Entscheidungen der Obergerichte, die sogenannten **Präjudizien**, zusammen (sog. *stare decisis*).[28] Denn *woran* wird eigentlich gebunden? An jedes Wort jeder Entscheidung? Dies würde zu großer Unübersichtlichkeit und das heißt: Rechtsunsicherheit führen. Deshalb besteht eine Bindung nur an die *Regel*, nach der der Fall entschieden wurde (lateinisch: *ratio decidendi*), nicht aber an all das, was „nebenbei gesagt" wurde (lateinisch: *obiter dictum*). 16

Dabei ist es natürlich eine Frage der Interpretation, welche Wendung in welches Kästchen gehört.

Sehr ärgerlich ist es, wenn ein – deutsches – Gericht Gesetze, die ihm nicht passen, mit Hilfe von *obiter dicta* aus der Welt schafft. So hatte das Bundesverfassungsgericht im Fall der Vermögensteuer eigentlich nur zu entscheiden, ob bei der Festsetzung der Steuer der Wert von Grundbesitz im Vergleich zum Kapitalvermögen zu niedrig angesetzt war, folglich ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG vorlag (was zu bejahen war). Das Gericht hat dann aber weit ausgeholt und die Berechtigung der Vermögensteuer insgesamt derart gründlich in Frage gestellt,[29] dass der Gesetzgeber seine vom Gericht diktierte Aufgabe zur Nachbesserung gar nicht erst in Angriff genommen hat. Die Vermögensteuer ist folglich nach der vom Gericht gesetzten Frist eines stillen Todes gestorben. 17

b) Der Umgang mit Gesetzesrecht: wirklich stärker regelorientiert?

In der deutschen Jurisprudenz, und hier vor allem auch in der Rechtsprechung, besteht demgegenüber die Tendenz, aus vorangegangenen Gerichtsentscheidungen einzelne Textpassagen ohne jede Rücksicht auf deren Kontext gleichsam als Formeln auszuschneiden und sie mit weiteren Textpassagen zu einem Mosaik zusammenzubasteln, unter das der konkrete Fall „subsumiert" wird, das aber eines nur selten ist: vorhersehbar. 18

Ich habe das einmal als Patchwork-Dogmatik bezeichnet.[30]

Man weiß, mit anderen Worten, in manchen Rechtsgebieten selten oder nie, auf welche vorangegangenen Textpassagen sich das Gericht beziehen und stützen wird (und welche es mehr oder weniger bewusst verschweigt). *The prophecies of what the courts will do in fact* werden sich dann eher danach richten, welche politischen oder weltanschaulichen Ansichten ein Richter hat, als nach juristischer Dogmatik (zum Begriff s.o. Rn. 7–9).

---

28 Zum *stare decisis* – wörtlich: zum Entschiedenen stehen – siehe nur *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, München 2015, § 5 Rn. 21 ff.

29 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer (1995).

30 *Joachim Lege*, Verfassungsrechtsdogmatik, in: Christoph Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven, München 2024, S. 227–248 (238–240).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

19 Geradezu skandalös ist daher der Bedeutungswandel, den der Begriff Rechtssicherheit in den letzten Jahren erfahren hat.[31] Rechtssicherheit bedeutete „früher“: Die Rechtsunterworfenen müssen „sicher“ wissen, was rechtens ist (lateinisch *certitudo*, englisch *certainness*), und sie können sicher sein, dass es durchgesetzt wird (*securitas*, *security*). Heute bedeutet „rechtssicher“ jedenfalls im Behördengebrauch: gerichtsfest.[32] Wie muss die Behörde (oder ein Arbeitgeber im öffentlichen Dienst) eine Entscheidung begründen, damit das Gericht kein Haar in der Suppe findet?[33]

3. Bindung an das Recht und Orientierung am Ergebnis

20 Zurück zur Regelbildung im Allgemeinen! Das *Rechts*problem, das sich bei der Bildung von Rechtsregeln stellt, ist im Grunde das Problem der gerade erwähnten Rechtssicherheit: Wie weit geht in einem konkreten Fall die Bindung an das, was das Gesetz oder das Präjudiz schon entschieden hat (wenn es denn klar ist), und wie weit verlangt das Ergebnis (das ja immer mitgedacht wird[34]) etwas Neues?

Natürlich ist dies zugleich eine Frage der **Logik**: Welcher Begründungssyllogismus soll am Ende herauskommen? Welches ist der „gelungenste“? – Zum Begriff „Gelungenheit“ unten § 31 Rn. 86–102, §§ 33 und 34.

a) *distinguishing* und *overruling*

21 Die Methode des Fallrechts hat auch für dieses Problem eine sehr einleuchtende Lösung.[35] Wenn das Ergebnis nicht „passt“ (aus welchen Gründen auch immer), dann gibt es zwei Möglichkeiten:

Entweder liegt der Fall „ganz anders“ („ja, Bauer …“) – dies zu begründen nennt man *distinguishing* (also den maßgeblichen Unterschied herausarbeiten).

Logisch betrachtet hat dies seinen Schwerpunkt auf der Ebene des *Falls*, genauer: im Bereich der Extension (des Begriffsumfangs[36]): Ein Sitzstreik unterscheidet sich doch sehr von (Brachial-) Gewalt. Schau hin!

22 Oder aber man muss wirklich die *Regel* (*rule*) verändern, wenn nicht gar aufgeben, weil sie in die heutige Welt nicht mehr passt oder weil mittlerweile Gründe, die gegen sie sprechen, stärker wiegen als die Gründe, die früher für sie sprachen. Eine solche Aufgabe oder Änderung der Regel nennt man *overruling*.

---

31 *Joachim Lege*, Der Rechtsstaat und ich – alles nur Gesetze? Eine Auftragspolemik in acht Teilen, in: Anwaltsblatt 12 (2019), S. 887–891 (887 f.).

32 Aufschlussreicher Titel: *Markus Kuner*, Personalauswahl im Öffentlichen Dienst. Einstellungsprozesse rechtssicher gestalten, Freiburg 2019. – Mittlerweile ergibt eine Internet-Recherche <16.08.2022> mit dem Stichwort „rechtssicher gestalten“ ein buntes Bild: Websites, Onlineshop, Verträge, Inklusion, Digitalisierung, „Connected things“ (*whatever that means* – immerhin ein Seminar des Beck-Verlags), schließlich sogar: Zukunft (in demselben Seminar). Kurz: Die neue „Rechtssicherheit“ ist auch in der Gesellschaft angekommen.

33 Kritisch zum Ganzen: *Joachim Lege*, Die arbeits- und beamtenrechtliche Konkurrentenklage in Deutschland, in: Roland A. Müller et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich 2020, S. 439–455.

34 Siehe oben etwa § 3 Rn. 36–40, § 5 Rn. 5, § 8 Rn. 14–21, § 9 Rn. 19, 29–31.

35 *Kischel*, Rechtsvergleichung, (Fn. 28), § 5 Rn. 29 f.

36 Siehe § 9 Rn. 21–23.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ein etwas plattes Beispiel: Das sogenannte Kranzgeld, also der Entschädigungsanspruch der Verlobten, falls sie mit dem Verlobten Geschlechtsverkehr hatte und die Ehe dann doch nicht zustande kam, wurde von einem Amtsgericht (!) als nicht mehr zeitgemäß angesehen.[37] Die Vorschrift des § 1300 BGB[38] wurde deshalb wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG für verfassungswidrig erklärt und nicht mehr angewendet. (Dass das Amtsgericht dies selbst entscheiden durfte, also nicht zuvor das Bundesverfassungsgericht anrufen musste, folgt nach herrschender Dogmatik daraus, dass es sich bei § 1300 BGB um „vorkonstitutionelles" Recht handelte, also um Recht, dass aus der Zeit vor dem Grundgesetz stammt.)

In der deutschen Rechtsprechung ist es sehr selten, dass ein Gericht ausdrücklich seine bisherige Rechtsprechung aufgibt. Stattdessen wird gern mit der geschilderten Textpassagen-Mosaikmethode mal dieses, mal jenes Ergebnis gerechtfertigt. 23

Ein solch seltener Fall, in dem das BVerfG sich mehr oder weniger ausdrücklich von seiner früheren Rechtsprechung verabschiedet hat, betraf ein eher sprödes Problem: den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften, mit denen der Bund den Behörden der Länder „vorschreibt", was sie zu beachten haben, wenn sie Bundesrecht vollziehen (also z.B. die Straßenverkehrsordnung oder das Versammlungsgesetz anwenden). Gemäß Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG (und auch Art. 84 Abs. 2 GG) ist zum Erlass dieser Allgemeinen Verwaltungsvorschriften allein die Bundesregierung (mit Zustimmung des Bundesrates) zuständig. Nach alter Auffassung durfte die Bundesregierung diese Befugnis auf einen einzelnen Bundesminister übertragen. Im Jahr 1999 hat das BVerfG diese Rechtsprechung aufgegeben (*overruling*) – und dies **dennoch** nur als „**Abweichung**" ausgeflaggt[39] (was eher nach *distinguishing* klingt, nach einer bloßen Ausnahme von der Regel).

b) Die Zuordnung von Voraussetzungen und Folgen

Ganz unabhängig davon, ob eine Rechtsordnung eher auf Fallrecht als auf Gesetzesrecht beruht, wird man nun zur Regelbildung ganz allgemein sagen können: 24

Regeln sind eine Verknüpfung von Voraussetzungen („wenn") und Folgen („dann"). Gelungene Regeln beruhen daher auf einer vernünftigen oder guten oder, wie Lübbe-Wolff sagt, *angemessenen* Zuordnung von Voraussetzungen und Folgen.[40]

Ganz ebenso wie Syllogismen (vgl. § 6 Rn. 43–44, § 9 Rn. 29–31): Das Wort „Prämisse" kann man relativ frei auch mit „Voraussetzung" übersetzen, das Wort Konklusion mit „Folge".

---

37 AG (Amtsgericht) Münster, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 1720–1721; der Bundesgerichtshof hatte noch im Jahr 1974 die Verfassungsmäßigkeit des „Kranzgeldes" bejaht: BGHZ 62, 282 (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band 62, Seite 282).

38 Sie lautete: „Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen." §§ 1298, 1299 regeln (auch heute noch) den Rücktritt vom Verlöbnis.

39 BVerfGE 100, 249 – Allgemeine Verwaltungsvorschriften (1999). Der Leitsatz lautet: „Allgemeine Verwaltungsvorschriften für den Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder im Auftrage des Bundes können gemäß Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG ausschließlich von der Bundesregierung als Kollegium mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden (Abweichung von BVerfGE 26, 338 [399])."

40 *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen (Fn. 6), S. 80.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wann aber ist eine solche Zuordnung „angemessen"? Und noch einen Schritt zuvor: *Was* darf man *im Recht* zur Voraussetzung machen? Nur das, „was im Gesetz steht"? Sodann: *Welche* Folgen sind gemeint (vgl. § 25)? Nur die unmittelbare *Rechts*folge, z.B. eine Strafe, oder auch das, was wiederum sie zur *weiteren* (Rechts-)Folge hat – sagen wir: die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis und dadurch den Verlust des einzigen „Geldverdieners" in der Familie[41]? *Fiat iustitia [et] pereat mundus*? Auf Deutsch: Es geschehe Gerechtigkeit, auch wenn darüber die Welt zugrunde geht?[42]

4. Von der Regel- zur Systembildung

25 Die letzten Überlegungen dürften zeigen: Regeln stehen nie isoliert da, sie stehen immer schon in einem Kontext mit weiteren Regeln, die es entweder schon gibt oder nach denen der Fall gleichsam schreit – etwa nach einer Ausnahme wegen eines Härtefalls. Dies ist dann der Beginn einer Systembildung, und wir werden sogleich sehen, dass so etwas schon bei Aristoteles vorkommt.

III. Systembildung: Regeln über den Umgang mit Regeln

26 Wenn Regeln erstens für Gleichheit, besser Gleich*behandlung* sorgen und wenn sie zweitens Voraussetzungen und Folgen miteinander verknüpfen, dann drängt sich zunächst die relativ einfache Frage auf: Was ist – von den Voraussetzungen her – gleich? So dass es gleich zu behandeln ist? Komplizierter wird es, wenn ein Sachverhalt den Voraussetzungen mehrerer Regeln entspricht, die unterschiedliche (Rechts-) Folgen anordnen. Was dann?

Wir denken erneut an die Tyrannentöterin und ihr Standbild (§ 2 Rn. 15, oben Rn. 5).

27 Dann muss es offenbar Regeln über den Umgang mit Regeln geben, Regeln über ihr Aufeinanderabstimmen, wenn sie sich widersprechen – aber warum? Nun, offenbar aus Gründen der **Logik**: Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit des Handelns. Wenn nun aber die eine Regel in Widerspruch zu einer anderen steht – und beide gleichermaßen gelten –, dann *kann man nicht richtig handeln*. Die Griechen haben das Tragik genannt, manchmal handelt es sich aber auch um Zynismus.

Berühmtestes Beispiel für Tragik ist Antigone: Sie kann nicht zugleich dem Gebot des Königs Kreons und dem Gebot der Götter folgen. Nachdem sie den Göttern gehorcht hat, d.h. ihren Bruder notdürftig „begraben", verurteilt Kreon sie zum Tode. Allerdings bringt sich dann, als Folge dieser Folge, auch sein Sohn Haimon um – er ist der Verlobte Antigones – und dann dessen Mutter, Kreons Frau.[43]

---

41 Siehe auch § 24 Abs. 2 Ziff. 1 Beamtenstatusgesetz – BeamtStG –. Gemäß dieser Vorschrift endet das Beamtenverhältnis, wenn der Beamte wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Strafe von mindestens einem Jahr verurteilt wurde. Auch hier dann immer im Hintergrund: Was wird aus der Familie?

42 Der Satz *fiat iustitia pereat mundus* entstammt nicht dem klassischen Latein. Es war der Wahlspruch des Habsburgers Ferdinand I., Kaiser des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation von 1558–1564.

43 *Sophokles*, Antigone (ca. 442 v. Chr.) – sozusagen das Urbild der altgriechischen Tragödie. Es gibt eine Unzahl von Ausgaben und Übersetzungen, zudem viele Bearbeitungen des Stoffs durch weitere Autoren, etwa durch den ehemals viel gespielten Jean Anouilh (1910–1987).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beispiel für Zynismus: Der römische Kaiser Caligula erließ angeblich zum Begräbnis seiner Schwester zwei Regeln. Erstens: Wer bei der Beerdigung nicht weint, wird getötet (weil er die Schwester nicht genügend betrauert). Zweitens: Wer bei der Beerdigung weint, wird getötet (weil er nicht würdigt, dass die Schwester zur Göttin geworden ist).[44]

Wie auch immer: Wenn Regeln sich widersprechen, dann muss man diesen Widerspruch auflösen. Unter Juristen nennt man dies: systematische Auslegung (bzw. Interpretation, s.o. § 10).

1. Zum Begriff „System"

Der Begriff System ist noch vieldeutiger als andere Grundbegriffe der Wissenschaft. 28
Das Wort stammt aus dem Altgriechischen, kommt dort von dem Verbum *synhistánai*,[45] was zusammenstellen bedeutet, so dass *systéma* bedeuten kann: Bildung, Gebilde; aber auch: Gruppe, Abteilung; sogar: Verfassung: und in der Musik: Tonsystem, Akkord.[46] Wir wollen im Folgenden zwei Aspekte hervorheben.

a) Systeme als Wirklichkeiten

Unter deutschen Juristen, zumindest denen der älteren Generation, hat der Begriff 29
der „sozialen Systeme" im Sinn von Niklas Luhmanns Systemtheorie durchaus Furore gemacht. Am wichtigsten an ihr sind für uns zwei Dinge: Erstens der Satz *Es gibt Systeme*.[47] Systeme sind, mit anderen Worten, keine Hirngespinste, sondern sie sind etwas Reales, etwas Wirkliches.

Auch wenn sie aus Normen bestehen! Ein Thema wie „Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit"[48] hätte Luhmann gewiss ein Lächeln entlockt.

Nebenbei: Luhmann unterscheidet „Normen" von „Kognitionen" (Erkenntnissen) dadurch, dass beides Erwartungen sind, und zwar entweder lernwillige (dann Kognitionen) oder lernunwillige (dann Normen). Diebstahl bleibt verboten, auch wenn dem Verbot zuwidergehandelt wird.[49]

---

44 Ich habe dies leider nicht verifizieren können, daher: *si non è vero è ben' trovato.*

45 Die 1. Person Präsens Aktiv (unter der man das Verb in der Schule lernt) lautet: *synhístēmi.*

46 Genauer: Skala (Tonleiter wie in den sogenannten Kirchentonarten, z.B. dorisch, lydisch, ionisch, phrygisch); Akkorde im Sinn von Mehrklängen gab es in der antiken Musiktheorie noch nicht. – Zu den Skalen bei Platon siehe *Lege*, „Politeía" (Fn. 12), S. 51 f.

47 Original-Ton *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 30: „Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, daß es Systeme gibt. (…) Der Systembegriff bezeichnet also etwas, was wirklich ein System ist, und läßt sich damit auf eine Verantwortung für die Bewährung seiner Aussagen [!, siehe § 5 II] an der Wirklichkeit ein."

48 So das erste Thema auf der Freiburger „Staatsrechtslehrertagung" von 2007, siehe Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 67 (2007) mit den Referaten von *Christian Hillgru-ber* und *Uwe Volkmann*. Begleitaufsatz dazu: *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064.

49 *Luhmann*, Soziale Systeme (Fn. 47), S. 436–443.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

30 Zweitens: Luhmanns Systemtheorie erschöpft sich nicht in den von ihm so bezeichneten „Funktionssystemen" wie Recht, Wirtschaft, Wissenschaft, Politik, sogar Kunst, Religion und Erziehungssystem, Massenmedien. Ganz im Gegenteil: Derartige Funktionssysteme, die, das ist der Witz daran, *unabhängig voneinander* funktionieren, sind ein Kennzeichen erst der modernen Gesellschaft, und sie können auch wieder verschwinden.

Man denke an die Taliban oder an einen weltweit entfesselten Kapitalismus („Wirtschaft"), der alles andere, einschließlich der politischen Systeme (insbesondere Staaten) und der natürlichen Lebensgrundlagen, „schluckt".

Nebenbei: Die eigentliche „Gewaltenteilung" oder besser: Machtaufteilung in der modernen Gesellschaft ist eben diese Ausdifferenzierung in Funktionssysteme. Die bekannte Trias „Legislative-Exekutive-Judikative" ist demgegenüber, man möge mir verzeihen, sekundär.[50]

31 Stattdessen unterscheidet Luhmann unter den realen Systemen, terminologisch ein bisschen abschreckend, *allopoietische* und *autopoietische* Systeme. Allopoietische Systeme sind solche, die von jemand anderem (griechisch *állos*) als sich selbst gemacht (griechisch *poieín*) sind – zum Beispiel Maschinen, Bewässerungsanlagen, ganz allgemein: technische Systeme. Autopoietische Systeme produzieren und reproduzieren sich hingegen selbst (griechisch *autós* – daher auch der Begriff Autonomie: Selbstgesetzgebung[51]) – gemeint sind zunächst lebende Organismen,[52] aber auch „soziale Systeme", die letztlich aus Kommunikationen bestehen (und deren Zurechnung als Handlung[53]). So wie das Funktionssystem „Recht": Es lebt in jeder Kommunikation, die sich auf den Code Recht/Unrecht bezieht.

Diese sozialen Systeme unterteilt Luhmann sodann in *Interaktionen* (z.B. ein Gespräch), *Organisationen* (z.B. ein Staat, ein Unternehmen, eine Universität) und *Gesellschaften*, die sich wiederum auf unterschiedliche Art „ausdifferenzieren" können.[54] Also etwa in verschiedene Stände (Adel, Klerus, „Dritter Stand") oder eben in „Funktionssysteme".

Wie auch immer: Systeme sind offenbar etwas, das es in der Außenwelt gibt.

b) Systeme als logische Konstruktionen

32 Häufig wird der Begriff „System" freilich nicht so sehr auf die Realität oder Wirklichkeit „da draußen" bezogen, sondern auf deren Beschreibung. Das Periodensystem der Chemie (1869) erscheint dann eher als eine Konstruktion des Herrn Mendelejew, das

50 Nämlich eine Machtaufteilung allein im System „Politik". Allerdings gibt es dort, wo die Gewaltenteilung selbst dort nicht (mehr) funktioniert, „keine Freiheit", so vor allem *Montesquieu*, De l'esprit des lois (1748), deutsch: Vom Geist der Gesetze, übersetzt von Ernst Forsthoff, 2. Aufl., Tübingen 1992, Buch XI Kapitel 6.

51 … und eine kleine Ironie: das Automobil. Es fährt ja gerade nicht „von selbst". Die Italiener sind also mit *la mácchina* (sprich: mák'kina) viel näher dran.

52 Die Idee der Autopoíesis wurde ohnehin in der Biologie entwickelt: *Humberto R. Maturana/Francisco J. Varela*, El árbol del conocimiento (1984), deutsch: Der Baum der Erkenntnis. Die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens, Bern etc. 1987.

53 *Luhmann*, Soziale Systeme (Fn. 47), S. 240.

54 Ganz knapp mit Skizze: *Luhmann*, Soziale Systeme (Fn. 47), S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„System des heutigen Römischen Rechts" von 1840–49 als eine geistige Leistung des Kollegen von Savigny (was es ohne Zweifel ist).

Wichtig in unserem Kontext ist nun allerdings, dass diese Konstruktionen keine rein geistigen Gebilde sind, keine reinen „Denkkonstruktionen". Vielmehr entsprechen sie in ihrer „Denklogik" der sozusagen „Sachlogik" des jeweiligen Bereichs der Wirklichkeit[55] (es gibt nur eine!, § 5 Rn. 44–46), auf den sie sich beziehen – oder genauer gesagt: Sie *müssen* dieser Sachlogik entsprechen, wenn sie für das Handeln brauchbar sein sollen.

Anders gewendet: Das, was der Sinnzusammenhang Logik (§ 5 Rn. 52–59) uns denken lässt, kann den Sinnzusammenhängen „da draußen" entsprechen oder auch nicht. Wir können uns irren. 33

„Systembildung" als logische Konstruktion muss sich daher immer fragen lassen, ob die Unterscheidungen, die sie trifft, im Hinblick auf die (soziale) Wirklichkeit „angemessen" sind.[56]

Und dies gilt gerade auch für *normative* Systembildung.

2. Beispiele

In diesem Sinn sollen im Folgenden drei Beispiele von rechtlicher „Systembildung" (also Dogmatik) vorgestellt werden, das heißt von Regeln über den Umgang mit Regeln. 34

a) Aristoteles über Gleichheit und Gerechtigkeit

Das erste Beispiel ist Aristoteles' berühmte Lehre von der Gerechtigkeit. Sie besteht in einer systematischen Aufgliederung des Gleichheitsgedankens – und wir sind bis heute nicht wesentlich weitergekommen.[57] 35

Das Folgende ist die heute gängige, von mir eine wenig angereicherte Interpretation.[58] Der Originaltext – das Buch V der Nikomachischen Ethik[59] – ist sprachlich überaus schwierig. Ich hatte einmal versucht, es gemeinsam mit zwei weiteren altsprachlichen Juristen-Kollegen zu übersetzen, wir haben es aufgeben müssen.

Aristoteles beginnt mit einer Prämisse, die er nicht weiter hinterfragt: Gerechtigkeit (*to díkaion*, wörtlich: das Gerechte) ist Gleichheit (*to íson,* mit kurzem i, wörtlich „das 36

55 In *diesem* Kontext kann Wirklichkeit auch eine *fiktive Wirklichkeit* sein! Harry Potter! Oder genauer: Auch Fiktionen sind Teil der einen Wirklichkeit – aber eben als Fiktion.

56 Stellen Sie sich ruhig einen Maßschneider vor.

57 So auch *Uwe Volkmann*, Rechtsphilosophie, München 2018, Rn. 114–121 (114, 166). Und wenn einer *up to date* ist, dann Uwe Volkmann.

58 Ähnlich schon *Joachim Lege*, Philosophie der Gerechtigkeit und Theorie der Rechtsverhältnisse. Ein Dialog zwischen Aristoteles und der Eigentumsdogmatik, in: Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), Republik – Rechtsverhältnis – Rechtskultur. Festschrift für Rolf Gröschner zum 70. Geburtstag, Tübingen 2018, S. 351–370.

59 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (ca. 335–323 v. Chr.). Auch hiervon gibt es eine Unzahl von Ausgaben und Übersetzungen, z.B. eine griechisch-deutsche Ausgabe mit der leicht antiquierten Übersetzung von *Olof Gigon* (2. Aufl., Düsseldorf 2007). In der Fachphilosophie maßgeblich dürfte die Ausgabe von Ursula Wolf sein (8. Aufl., Reinbek bei Hamburg 2020). Mittlerweile gibt es aber auch Konkurrenz in Gestalt der Ausgabe von Dorothea Frede (2 Bände, Berlin etc. 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gleiche") Aber was „ist" gleich? Aristoteles geht es ganz pragmatisch, also handlungsorientiert an:

(1) Es gibt eine allgemeine Gerechtigkeit (auf Latein[60]: *iustitia generalis*, auch *iustitia legalis*), sie besteht in der Gesetzmäßigkeit (also Gesetzesgehorsam ebenso wie Gesetzesanwendung). Denn Gesetze (lateinisch *leges*, griechisch *nómoi*), verstanden als Wenn-dann-Regeln, garantieren Gleichbehandlung.

37 (2) Wo man etwas durch Gesetz nicht regeln kann oder sollte, z.B. die Kaufpreise auf dem Markt oder die Ämter im Staat, gilt die besondere Gerechtigkeit (*iustitia specialis*), die sich in zwei Unterarten aufgliedert, nämlich die berühmte

(a) ausgleichende Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*), sie ist in von mir so bezeichneten Gegenseitigkeitsverhältnissen (altgriechisch: *synallágmata*)[61] anzuwenden: Der Wert der Leistung (z.B. Kaufpreis) muss dem Wert der Gegenleistung (z.B. der Kaufsache) entsprechen; oder nach einem Unfall der Wert der beschädigten Sache dem Wert des Schadensersatzes;

im ersten Fall spricht Aristoteles von einem freiwilligen (*hekṓn*), im zweiten Fall von einem unfreiwilligen (*ákōn*) Gegenseitigkeitsverhältnis (*synállagma*);

(b) austeilende Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*), sie ist anzuwenden, wenn jemand etwas zu verteilen hat, vor allem Geld (*nómisma*, daher die Numismatik) oder Ämter und Ehren (*timaí*): Dann bekommt jeder seinen Anteil proportional zu seinem Verdienst (also etwa die Professorin ein doppelt so hohes Gehalt wie ihr Assistent).

38 (3) Schließlich kann es geschehen, dass bei der Anwendung des Gesetzes eine Härte eintritt, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat. Wenn dies der Fall ist, muss man die Gleichbehandlung korrigieren, etwa, indem man in diesem Fall eine Ausnahme macht. Dann darf, beispielsweise, der Eigentümer seine Denkmalvilla, die ihm nur noch Kosten verursacht, trotz des Denkmalschutzes doch abreißen.[62] Aristoteles nennt dies die *epieíkeia*, was man früher unbefangen mit „Billigkeit" übersetzt hat. Weil aber „billig" heute eher abwertend verwendet wird („wer billig kauft, zahlt drauf"), dürfte „Angemessenheit" mittlerweile besser passen.

Es dürfte auf der Hand liegen, dass dies ein System ist, und zwar ein logisches System.

39 Es findet in der heutigen Dogmatik übrigens gleich zweimal eine verblüffende Parallele: Im Bürgerlichen Recht unterscheidet man ganz ebenso wie Aristoteles die Schuldverhältnisse „aus Vertrag" (bei Aristoteles: „freiwillig" – *hekṓn*) und die

60 Dies, weil die Lehren des Aristoteles in der mittelalterlichen Philosophie der Scholastik (siehe § 1 Fn. 5), insbesondere bei Thomas von Aquin (ca. 1225–1274), aufgenommen und – ins Lateinische übersetzt – weitergegeben wurden.

61 Juristen denken hier natürlich sofort an das bis heute so bezeichnete „Synallagma" im gegenseitigen Vertrag, siehe dazu etwa *Dirk Looschelders*, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 21. Aufl., München 2023, § 15 Rn. 14–23 (15, 17).

62 Klassisch: BVerfGE 100, 226) – Denkmalvilla (1999). Das BVerfG selbst hatte den Abriss noch nicht erlaubt, dies oblag erst dem Fachgericht, an das der Fall zurückverwiesen wurde. Das BVerfG hatte lediglich festgestellt, dass es für die Verweigerung der Abrissgenehmigung keine hinreichende gesetzliche Grundlage gab.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schuldverhältnisse „aus Delikt“ oder auch: „unerlaubter Handlung“ („unfreiwillig“ – *ákōn*).[63]

Die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG entspricht im Wesentlichen der Unterscheidung von *iustitia legalis* (Inhalts- und Schrankenbestimmung „durch Gesetz“, Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), *iustitia commutativa* (Enteignung nur gegen angemessene Entschädigung, Art. 14 Abs. 3 GG) und *epieíkeia* (sog. ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung; sie ist ein Produkt der Dogmatik, übrigens ganz primär des Bundesverfassungsgerichts[64], und wir werden noch einige Male darauf zurückkommen).[65]

b) Allgemeiner Teil und Besonderer Teil

Das zweite Beispiel lässt sich kurz fassen: Es ist die Aufgliederung eines Gesetzes (oder eines Rechtsgebietes) in einen Allgemeinen Teil und einen Besonderen Teil. Dies ist, wie es scheint, in der deutschen Rechtswissenschaft besonders beliebt. 40

- Am leichtesten zugänglich ist insofern – vor allem für Nicht-Juristen – das Strafgesetzbuch (StGB): Es enthält im Allgemeinen Teil die Vorschriften, die für jede Straftat zu beachten sind, nämlich vor allem
  - den Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“ (*nulla poena sine lege*, § 1 StGB), sodann
  - die Vorschriften, die sich am allgemeinen „Verbrechensaufbau“ orientieren (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld): also etwa Versuch und Irrtum; Täterschaft und Teilnahme; Notwehr und Notstand; schließlich
  - Vorschriften über die Rechtsfolgen, also die Strafen und die „Maßregeln“.

  Der folgende Besondere Teil ist dann nur noch eine Art Untaten-Liste (die freilich weiter untergliedert ist nach Straftaten gegen des Leben, gegen das Vermögen, gegen die Ehre usw.).

  Dass der „Verbrechensaufbau“ sich *in nuce* schon in der Antiken Gerichtsrhetorik findet, haben wir erwähnt (*statūs rationales*, § 2 Rn. 9–12).

- Sehr viel schwerer zugänglich (und für Studienanfänger oft ein Schock) ist der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Er zieht „vor die Klammer“ äußerst abstrakte Begriffe wie „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“, deren Bedeutung für die dann folgenden vier Bücher – Recht der Schuldverhältnisse (bei dem es einen weiteren Allgemeinen Teil gibt), Sachenrecht, Familienrecht (!), Erbrecht (!) – sich nicht ohne weiteres erschließt. Möglicherweise ist dies also, so bewundernswert die intellektuelle Leistung der Autoren des BGB bleibt, ein Tick zu viel.[66] Und man wür- 41

63 Mehr dazu unten § 18 Rn. 10–14.

64 Deshalb noch einmal: Dogmatik ist keineswegs nur das, was die „akademische Rechtswissenschaft“ an den Universitäten produziert.

65 Einführend *Joachim Lege*, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG. Teil 1: Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2011, S. 507–518.

66 Es wäre interessant zu fragen, ob ein Zuviel an „Rationalität“, ein Zuviel an „System 2“ (siehe unten § 35 II) schädlich ist. Vielleicht ist die Bibel aufschlussreich: „Man soll dem Ochsen, der da drischt, das Maul nicht verbinden“ (5. Buch Mose, Kapitel 25 Vers 4). Wenn man denjenigen, der die Arbeit macht, übermäßig kontrolliert, verliert er die Lust.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

de mit einer Aristoteles-artigen Untergliederung in „Vertrag und Delikt“ jedenfalls nicht schlechter fahren?[67]

c) Der Stufenbau der Rechtsordnung und das Prüfschema für Verwaltungsakte

42 Das dritte Beispiel ist am deutlichsten darauf angelegt, Regelkonflikte zu lösen, nämlich dadurch, dass es eine höherrangige und eine niederrangige Norm gibt und die höherrangige der niederrangigen vorgeht. So lautet Art. 31 GG etwa ganz schlicht: „Bundesrecht bricht Landesrecht“.

Etwas komplizierter ist die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung.[68] Sie begreift das gesamte Recht eines Staates[69] als eine Art Pyramide, an deren Spitze die Regeln der **Verfassung** stehen. Diese regeln vor allem (a) *formal*, wie die Regeln auf unterer Stufe, also die sogenannten einfachen Gesetze, zustandekommen (Stichwort Bundestag und Bundesrat); sie regeln aber auch (b) *material*, welchen Inhalt diese Gesetze haben dürfen (insbesondere dürfen sie nicht gegen Grundrechte verstoßen). Wenn diese **Gesetze** sich nun nicht nur „an den Bürger“ wenden, sondern auch an Verwaltungsbehörden – sagen wir: an die Straßenverkehrsbehörde, die eine Fahrerlaubnis erteilen soll –, dann enthält das jeweilige Gesetz, hier u.a. das Straßenverkehrsgesetz (StVG), ebenfalls Regeln darüber, wie die Behörde (a) *formal* zu verfahren hat (Stichwort: Zuständigkeit, Verfahren, Form) und was (b) *material*-inhaltlich die Voraussetzungen für die Erteilung der Fahrerlaubnis sind. Diesen Anforderungen muss der konkrete **Verwaltungsakt**, mit dem die Behörde die Fahrerlaubnis erteilt oder dies verweigert (weil die Voraussetzungen nicht vorliegen), genügen. Der Verwaltungsakt muss, wie man sagt, *formell und materiell rechtmäßig* sein.

43 Logisch-methodisch hat dies nun zur Konsequenz, dass man mehrere Ebenen „durchprüfen“ muss, und zwar jeweils unter den Aspekten „formaler“ und „materialer“ Anforderung.

---

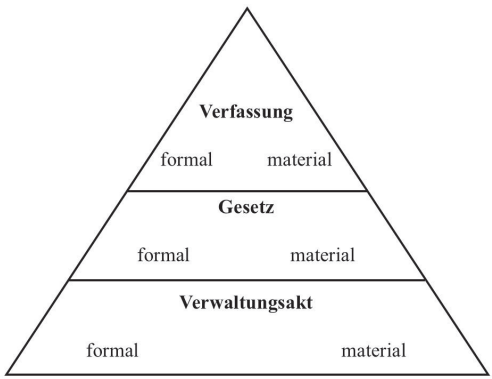
67 *Filippo Ranieri*, Die deutsche Pandektistik. Europäischer Aufstieg und Niedergang eines rechtswissenschaftlichen Modells, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 417–442, zusammenfassend S. 440–442.

68 Bekanntester Vertreter: *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig etc. 1934 (zitiert nach der Studienausgabe, Tübingen 2008), S. 62–89 (S. 73–99); 2. Aufl., Wien 1960 (Nachdruck 1992), S. 228–282. Zumindest Mitstreiter, wenn nicht gar verantwortlich für die Initialzündung: *Adolf Julius Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–464, zitiert nach: Gesammelte Schriften, hrsg. von Dorothea Mayer-Maly et al., Erster Band, Erster Teilband, Berlin 1993, S. 227–252.

69 Ob und inwieweit sich dies auf das Völkerrecht übertragen lässt, diese Frage hat Kelsen sehr umgetrieben: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. (Fn. 68), S. 129–154 (S. 138–162); 2. Aufl. (Fn. 68), S. 321–345.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bildlich-pyramidal:



Logisch-systematisch ergibt sich daraus geradezu von selbst ein Prüfschema, wenn man das Schaubild um 90 Grad nach rechts dreht: 44

Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts (VA)

1. Formelle Rechtmäßigkeit des VA
   a) Gesetzliche Grundlagen (z.B. VwVfG, StVG)
      aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage
      bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage
   b) Erfüllung der Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage
2. Materielle Rechtmäßigkeit des VA
   a) Gesetzliche Grundlage (z.B. StVG)
      aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage
      bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage
   b) Erfüllung der Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage
3. Ergebnis

In vielen Fällen wird vieles in diesem Schema unproblematisch sein, hier soll nur klar werden: Das Schema setzt logisch-folgerichtig um, was sich aus dem Sinnzusammenhang, aus dem „realen" System des Straßenverkehrsrechts (als Teil des Öffentlichen Rechts) folgerichtig für diesen konkreten Fall ergibt. 45

Das Schema kann sich, nebenbei, noch verkomplizieren, wenn zwischen Gesetz und Verwaltungsakt eine Rechtsverordnung eingeschaltet wird, etwa die Straßenverkehrsordnung (StVO), aufgrund derer man einen Bußgeldbescheid („Knöllchen") bekommt. Dann muss auch diese Rechtsverordnung formell und materiell dem Gesetz genügen, auf dessen Grundlage sie erlassen wurde (hier § 6 Abs. 1 Nr. 2 StVG), und dieses ermächtigende Gesetz muss gerade auch im Hinblick

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf die Ermächtigung verfassungsmäßig sein (siehe dazu Art. 80 GG[70]). Wie man dies **methodisch**-gliederungstechnisch „auf die Reihe bekommt", ist manchmal gar nicht so leicht.

Weiteres zu den juristischen Schemata unten § 23. Und bereits hier ein Bonmot meines Greifswalder Kollegen Uwe Kischel: *Schemata sind geronnene Dogmatik.*

3. Die Logik und die Kontingenz der Systembildung

46 Die drei Beispiele sollten zunächst und vor allem zeigen, dass auch und gerade die Systembildung, also die Bildung von Regeln über den Umgang mit Regeln (*rules about rules*), eine Sache der **Logik** ist. Dies gilt, weil sich Regel- und Begriffsbildung nicht voneinander trennen lassen, natürlich auch für die systematische Bestimmung des Verhältnisses von Begriffen zu anderen Begriffen („Vertrag" ist ein Unterfall von „Rechtsgeschäft").

47 Darüberhinaus zeigen die Beispiele, dass bei der Systembildung ganz unterschiedliche Aspekte eine Rolle spielen können. Sie kann auf der Beobachtung verschiedener Interessenkonstellationen in der Lebenswelt beruhen – so Aristoteles' Ausdifferenzierung der Gleichheit, um den Begriff „Gerechtigkeit" *more manageable* zu machen. Das System kann aber auch aus Gründen der Übersichtlichkeit versuchen, im Wege der Abstraktion gewisse Gemeinsamkeiten aller oder vieler Fallkonstellationen vor die Klammer zu ziehen – Stichwort „Allgemeiner Teil"; ob dies immer zweckmäßig ist, ist eine zweite Frage.

So kann man zumindest für das Jurastudium fragen, wie sinnvoll es im sogenannten Allgemeinen Verwaltungsrecht ist, den abstrakten Begriff des Verwaltungsakts derart ins Zentrum zu stellen – und den armen Studenten vom so vielgestaltigen Besonderen Verwaltungsrecht kaum mehr als einen kleinen Ausschnitt zu zeigen. Folglich haben sie davon zum größten Teil keine Ahnung. – Zum BGB schon oben unter 2 b.

48 Eine weitere Systembildung kann auf Hierarchie setzen, also auf Über- und Unterordnung, so die Lehre vom Stufenbau der Verfassung.

Das zuletzt genannte Beispiel macht vielleicht besonders deutlich, dass alle Systematisierungen irgendwann einmal erfunden werden mussten. Im Fall des Vorrangs der Verfassung lässt sich dies nach h.M. (herrschender Meinung) ziemlich genau datieren auf den 24. Februar 1803: An diesem Tag verkündete der Supreme Court der USA sein Urteil in der Sache *Marbury v. Madison*[71]– eine Entscheidung, die allerdings schwer verständlich ist und methodologisch mehr als angreifbar. In den Worten Bruggers, auch im Original mit Ausrufezeichen: Die meisten Argumente (…) – und gerade die berühmtesten und wirkungsträchtigsten – [sind] reine obiter dicta!" (zu den obiter dicta oben II 2 a). Daher das Fazit: „eine strategische Meister-

70 Wortlaut: „Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. (…)".

71 Entscheidungen des Supreme Court, Band 5, S. 137, aus dem Jahr 1803; abgekürzt: 5 U.S. 137 (1803).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

leistung in resultatbewusster Rechtskonkretisierung und Verfassungspolitik!"[72] – Die Väter der amerikanischen Verfassung hatten diesen Vorrang des Verfassungsrechts noch nicht „auf dem Schirm".[73]

Insgesamt wird man Systembildung daher als *kontingent* begreifen müssen: nicht notwendig, aber auch nicht willkürlich. Es ist nicht notwendig, die Dogmatik zur Gerechtigkeit, zum Bürgerlichen Recht und zur Rechtsordnung als Ganzem so zu konzipieren, wie wir es heute gewohnt sind. Es ist aber kaum vorstellbar, dass dies eine völlig freie Erfindung ist – die man ohne größere Schwierigkeit durch eine andere, völlig freie Erfindung ersetzen könnte. 49

Kontingent ist insbesondere auch das gängige Prüfungsschema für die Grundrechte: „Schutzbereich – Eingriff – verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs". Erfunden wurde es im Jahr 1985 von Bodo Pieroth und Bernhard Schlink in ihrem Lehrbuch „Staatsrecht II – Grundrechte".[74] Dass damit zuallererst ein bestimmtes Verständnis von Staatsrecht „transportiert" werden sollte, dürfte den meisten Juristen kaum bewusst sein.

IV. Resümee: Die „Passung" der rechtlichen Systembildung auf die Welt

Das Zweite Kapitel handelte von der Logik der Rechtsproduktion (oder, mit einer anderen Metapher: Rechtserzeugung). Es hat begonnen mit einer Neuinterpretation des Gängigen (Justizsyllogismus, Subsumtion, Interpretation), und es endet nun damit, dass die „gedanklichen Schemata", mit denen wir die Welt logisch erfassen wollen, irgendwie auf diese Welt, genauer, auf deren jeweilige Sinnzusammenhänge (§ 5 Rn. 40–59) passen müssen.[75] Damit ist letztlich unterstellt, dass auch in diesen Sinnzusammenhängen eine Logik – ihre eigene, jeweilige Logik[76] – waltet (man denke jetzt ruhig an die Logik, die auf unserem Planeten das Klima bestimmt). 50

Und das Recht sollte diesen Sinnzusammenhängen, mit seiner Methode, gerecht zu werden versuchen. Ganz ebenso wie sich selbst.

72 *Winfried Brugger*, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison, in: Juristische Schulung (JuS) 2003, 320–325 (325).

73 Auf welch höchstem Niveau die Diskussion über die Verfassung von 1787 geführt wurde, zeigt eine Serie von 85 Artikeln dreier Autoren, die in verschiedenen New Yorker Zeitungen veröffentlicht wurde, um das Volk zu überzeugen, der Verfassung zuzustimmen. Die Artikel wurden später zusammengefasst unter diesem Titel: *Alexander Hamilton/James Madison/John Jay*, The Federalist Papers, New York 1788; deutsch: Die Federalist Papers, hrsg. und übersetzt von Barbara Zehnpfennig, Darmstadt 1993.

74 Erscheinungsort: Heidelberg; mehr dazu § 23 Rn. 9–17.

75 Der Begriff „Passung" stammt aus der Evolutionären Erkenntnistheorie (Gerhard Vollmer, Konrad Lorenz); knapp dazu *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 267–269.

76 Luhmann würde wohl sagen: Systemrationalität.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 12 Zusammenfassung zu Kapitel 2

Wir wollen auch die §§ 8 bis 11 in einer Übersicht[1] und in 15 Thesen zusammenfassen.

I. Übersicht zur juristischen working logic

A. Der Vollständige Juristische Syllogismus

Regel – Fall – Ergebnis

Fünfgliedrig (mit „indem-Satz") oder siebengliedrig

B. Die Subsumtion: Hin- und Herwandern des Blicks

Extension (Begriffsumfang) und Intension (Begriffsinhalt)

Ergebnis (Rechtsfolge) und Begründung (Interpretation)

C. Die Interpretation

1. Die Interpretation von Termini als Zeichen für einen (Rechts-)Begriff

2. Die Interpretation von (Rechts-)Sätzen als Zeichen für Aussagen („Normen")

3. Die Interpretation von Syllogismen als Zeichen für Begründungszusammenhänge

D. Regel- und Systembildung (Dogmatik)

1. Zum Begriff Dogmatik

Dogmatik ist die Lehre – oder Gesamtheit der Lehren – von der rechtlichen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen.

Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall.

2. Die Bildung von Regeln

Regeln sind Programme zur Gleichbehandlung.

Insbesondere: Fallrecht und Gesetzesrecht

3. Regeln über den Umgang mit Regeln

II. Lehrsätze zur juristischen working logic

A.

1. Auch das juristische „Denken" (Argumentieren, letztlich Handeln) ist durch und durch logisch.

Logik ist die Lehre von der Folgerichtigkeit – letztlich: des Handelns. Und Folgerichtigkeit ist ein Gebot der Gerechtigkeit.

2. Der große Rahmen, in dem das juristische Denken und Handeln zum Abschluss kommt, ist der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS).

Er besteht in seinem äußeren Rahmen aus Regel – Fall – Ergebnis.

1 Man erinnere sich an die letzte Regel in Descartes' „Discours de la méthode" (1637), s.o. § 1 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. In diesen äußeren Rahmen ist das, was man „Subsumtion" nennt, logisch eingebaut.

Der Begriff Subsumtion wird in der Jurisprudenz doppeldeutig verwendet. Er bezeichnet zum einen die Unterordnung eines Unterbegriffs unter einen Oberbegriff, zum anderen und vor allem die Unterordnung eines außerrechtlichen Sinnzusammenhangs („Lebenssachverhalts") unter den Sinnzusammenhang des Rechts („Rechtsnorm").

In diesem zweiten Sinn präzisiert die NJML: Subsumtion ist die gegenseitige Zuordnung von Begriffsumfang („Extension", das sind die Objekte, die unter den Rechtsbegriff fallen) und Begriffsinhalt („Intension", das sind die Merkmale, die den Rechtsbegriff bestimmen).

B.

4. Das gängige Schema zur Fallbearbeitung – „Obersatz, Definition, Subsumtion, Ergebnis" – ist nicht falsch. Aber es bleibt an der Oberfläche.

Es suggeriert zudem eine Art Automatismus, der ganz so einfach nicht (oder jedenfalls nicht immer) funktioniert.

5. Hinter diesem Schema stecken vielmehr drei logische Spielfelder, die im VJS (Lehrsatz 2) ineinander verflochten sind. Schlagwortartig: Konklusion – Intension (Begriffsinhalt) – Extension (Begriffsumfang).

a) „Konklusion" meint den sogenannten Justizsyllogismus: Wenn Tatbestand (Voraussetzung), dann Rechtsfolge (Ergebnis); hier Tatbestand (+); also Rechtsfolge (+).[2]

b) „Intension" ist die Bedeutung von Begriffen und Aussagen auf dem Spielfeld der Rechtssprache: „Gewalt ist zu definieren als …"

c) „Extension" ist die Bedeutung von Begriffen und Aussagen der Rechtssprache, wenn man sie auf ein Spielfeld in der Um-Welt des Rechts bezieht: „Ein Sitzstreik ist (ein Fall von) Gewalt/keine Gewalt."

6. Zwischen diesen Spielfeldern gibt es keine „Klüfte". Sie sind vielmehr logisch ineinander verflochten. Es hängt alles mit allem zusammen, und alles ist (mehr oder weniger) variabel.

Genau besehen besteht das logische Ineinander aus drei Arten von Schlussfolgerung: Deduktionen, Induktionen und Abduktionen[3].

Was auf diese Weise ineinander verflochten wird, sind verschiedene Sinnzusammenhänge (oder Aspekte) der *einen* Wirklichkeit, die uns freilich nicht absolut als Ganzes, sondern nur in einzelnen „Wirklichkeiten" zugänglich ist: z.B. in der „rechtlichen Wirklichkeit", in den „Wirklichkeiten da draußen"[4], sogar in der „Logik als Wirklichkeit".

---

2 Für Nichtjuristen: (+) bedeutet „liegt vor, ist zu bejahen".

3 Abduktionen sind, um es kurz zu wiederholen, ein Zusammenschluss von Schlüssen.

4 Dass zu den „Wirklichkeiten da draußen" auch Fiktionen und *fake* zählen – Romane, Filme, Verschwörungstheorien –, wird nicht übersehen, soll aber nur in der Fußnote erwähnt werden. *Fake* und *fiction* sind sozusagen „Wirklichkeiten von Nicht-Wirklichkeiten": Sie entfalten wirklich Welten, die nicht wirklich sind.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7. Für die rechtliche Interpretation und Argumentation ist entscheidend: Welches der drei Spielfelder führt für die Entscheidung zu einem schlagenden Argument?

a) Auf dem Spielfeld der Extension (oder wenn man will: dem Feld des Falls) kann man z.B. argumentieren: Ein geplanter Schweinestall direkt vor der Nase von Wohnhäusern ist „jeden-falls" (!) ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme.[5] Oder: Eine gewaltfreie Aktion ist doch keine Gewalt!

b) Auf dem Spielfeld der Intension kann man z.B. argumentieren: Den Begriff „Gewalt" (oder auch, ganz aktuell, „Vergewaltigung") sollte man im Strafrecht nicht anders definieren als in der Alltagssprache – das Strafrecht richtet sich nun einmal an uns alle.

c) Auf dem Spielfeld der Konklusion kann man z.B. argumentieren: Wenn man im Fall „Herrenreiter" streng nach dem Gesetz ginge, hätte dies unerträgliche Folgen.[6] Oder: Wenn man die Klimakleber wegen Nötigung verurteilt, muss man dies auch im Fall von Lkw- oder Bauernblockaden tun.

8. Wie schlagend ein Argument auf einem dieser drei Spielfelder ist, zeigt sich letztlich aber erst im Zusammenspiel mit seinen Auswirkungen auf den anderen beiden Feldern.

Klassische Frage z.B.: Wollen wir hier einen Präzedenzfall schaffen?[7]

C.

9. Aus alledem ergibt sich: Die Kunst der Subsumtion ist die Kunst des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS).

Kurz: Regel, Fall und Ergebnis müssen „zusammenpassen".

10. Hinzuzufügen bleibt: Die größte Kunst des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) ist die Kunst des Weglassens.

Man muss nicht alle Definitionen, die man kennt, nicht alle Präjudizien und „Meinungen" vollständig wiedergeben. Sondern nur das, worauf es ankommt – im Hinblick auf das schlagende Argument.

11. Nicht vergessen darf man schließlich: In jedem Rechtsfall hat auch die Gegenseite ihren Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS), und in jedem interessanten Rechtsfall hat dieser VJS einiges für sich.

Ein Rechtsfall ist daher erst dann *wirklich* „rechtlich gelöst", wenn man diesen gegnerischen VJS – bzw. die Argumente, die ihn stützen – widerlegt hat.[8]

D.

12. Auch jenseits des Einzelfalles gilt: Die Logik höret nimmer auf.

---

5 Mehr dazu § 17 Rn. 16–39. Das objektiv-rechtliche „Gebot der Rücksichtnahme" war in eben diesem Fall gerade erst erfunden worden – welch ein Zufall.

6 Mehr dazu § 27 I.

7 Oder wie es ein hoher Richter einmal sagte: Wieviel müssen wir in den Obersatz hineinschreiben? – „Obersatz" hier gemeint als die Regel, nach der der Fall entschieden werden soll (Fikentscher hätte gesagt: Fallnorm). Mehr dazu: § 34 Rn. 56–62.

8 Wenn man so will, ist dies eine Konsequenz aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs: *audiatur et altera pars* – auch die andere Seite muss gehört werden. Das Gehörte darf eben nicht nur in das eine Ohr hineingehen und aus dem anderen Ohr unverändert wieder herauskommen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In jeder Entscheidung steckt eben ein „Keim zur Verallgemeinerung" (Peirce). Und Verallgemeinerung heißt: Regelbildung.

13. Hauptaufgabe der Jurisprudenz ist – wie die Aufgabe jeder Wissenschaft – die Bildung und Kritik von Regeln.

Regeln sind das Herzstück der Logik. Sie anwenden heißt: logisch handeln. Ganz ebenso aber auch: sie aufstellen.

14. Regeln können sich ergänzen, aber auch widersprechen – das ist eine banale Beobachtung. Weniger banal ist, Regeln zu (er)finden, wie man mit solchen Widersprüchen umgeht.

Jedenfalls aber ist es eine Frage der Logik. Dass „Wertungen" einfließen, ändert daran nichts: Sie sind – als erste Prädikate – die emotionalen Bestandteile der juristischen *working logic*.

15. Die Gesamtheit des Kampfes um Regeln über das Aufeinanderabstimmen von Rechtsregeln nennt man in Deutschland: Dogmatik.[9]

Dogmatik ist daher ständig in Bewegung – nach den Gesetzen der juristischen *working logic* und unter der leitenden Idee rechtlicher Richtigkeit.

Und sie beginnt schon mit dem zweiten Fall.

9 Etwas statischer formuliert im Einklang mit *Franz Reimer*: Dogmatik ist ein *Geflecht* von Regeln und von Regeln über Regeln. Aber es wird auch dauernd umgeflochten, deshalb passt die Metapher doch nicht so gut.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dritter Teil: Die Zubereitung des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS)

Der folgende Dritte Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) wird gewissermaßen den „Werkzeugkasten", oder wenn man es martialischer will: das „Arsenal" der üblichen juristischen Argumente vorstellen. Insofern will er dezidiert auch „für die Praxis" tauglich sein. 1

Allerdings soll dieses Arsenal in einen neuen, durch und durch logischen Rahmen gestellt werden. So viel Theorie muss sein, wenn sich eine Wissenschaft über das, was sie tut, mit sich selbst und mit anderen Disziplinen unterhalten will.

Zur Terminologie: Es ist im Grunde gleich, ob man Argumentationsfiguren wie die Kanones der Auslegung (§ 15d), die Analogie (§ 16 II), die teleologische Reduktion (§ 16 Rn. 50–52) etc. als „Methoden" oder als „Argumente" bezeichnet. Ich bevorzuge die Bezeichnung „Argument", weil es nach meiner Doktrin nur eine einzige juristische Methode gibt – sie definiert zugleich, was Jurisprudenz ist: nämlich Logik, Logik, Logik (plus Interpretation).[1] 2

1 Siehe schon *Joachim Lege*, Was leistet „die" Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der" Antiken Gerichtsrhetorik, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–45. – Die These lautete: Es gibt nur eine Methode, aber viele Methodenlehren.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 13 Das Prinzip der Darstellung

I. Die traditionellen Methodenlehren: „Auslegung“ und „Rechtsfortbildung“

1 Traditionell folgen die Juristischen Methodenlehren einer groben Zweiteilung. Unterschieden werden (1) die „Auslegung und Anwendung“ des Rechts, insbesondere der Gesetze, (2) die sogenannte „Rechtsfortbildung“.

2 Im Rahmen der *Auslegung* ist Kernbestand nach wie vor die Lehre von den vier „Kanones“ der Auslegung (Wortlaut, Historie, Systematik, Teleologie) – wobei die Rückführung auf Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) zumindest ungenau ist.[1] Ob es weitere „Kanones“ gibt, etwa die Rechtsvergleichung,[2] wird zurückhaltend beurteilt.[3] Einigkeit besteht aber darin, dass sich die Interpretation des Rechts nicht stets in diesen vier Kanones erschöpft, insbesondere wird zur Ergänzung gern der Begriff „Konkretisierung“[4] ins Spiel gebracht.

Was die „Anwendung“ des richtig ausgelegten Rechts angeht, so ist dies nach herrschender Doktrin Sache der „Subsumtion“. Wir haben in § 9 ausführlich begründet, dass dies ein durchaus irreführendes Bild ist: „Auslegung“ und „Anwendung“ lassen sich nicht wirklich trennen, es wird nicht „zuerst“ ausgelegt und „sodann“ angewendet (= „subsumiert“). Beides hängt vielmehr bei der „Entscheidungsfindung“, also beim Ringen um den richtigen Vollständigen Syllogismus (VJS, § 8), untrennbar zusammen. Dass die endgültige *Darstellung* des VJS einen anderen Eindruck erweckt[5] – das ist der Zauber[6] der Jurisprudenz (und, *cum grano salis*,[7] jeder Wissenschaft).

---

1 Das ist ganz unbestritten. Insbesondere kommt die „teleologische“ Auslegung, die nach dem (objektiven) Zweck des Gesetzes fragt und heute meist entscheidend ist, bei Savigny nicht vor.

2 Berühmt das Plädoyer von *Peter Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, in: Juristenzeitung (JZ) 1989, S. 913–919 (916–918).

3 Siehe die Auflistung weiterer Canones bei *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 381–410.

4 Bei *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., München 2019, bildet „Konkretisierung“ sogar den Dritten von fünf (Haupt-) Teilen, eingezwängt zwischen „Auslegung“ und „Vorrang durch Verfassungs- und Europarecht“. – In der 5. Aufl. 2023 heißt der 3. Teil nunmehr „Konkretisierung und Konstruktion.“

5 Zur wissenschaftstheoretischen Unterscheidung von Entdeckungszusammenhang (*context of discovery*) und Begründungszusammenhang (*context of justification*) bereits § 5 II Rn. 87.

6 … der auf der Logik beruht, siehe nochmals *Paul Feyerabend*, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984, S. 62 f.: Mit Hilfe der Logik konnte man „eine neue Art von Geschichten erzählen“, „Stories“, deren Ablauf als „von innen her geregelt“ erscheint.

7 Wörtlich: mit einem Körnchen Salz, das heißt, mit ein wenig „Querdenken“, in diesem Fall dahingehend, dass es auch in den anderen Wissenschaften um die Gewinnung „vollständiger Syllogismen“ geht – aber natürlich nicht „juristischer“.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Auslegung findet, so die herrschende Lehre („Doktrin“[8]), ihre *Grenze* am Wortlaut. Anders gewendet: Die Grenze des Wortlauts ist zugleich die Grenze zur Rechtsfortbildung. Das Problem ist dann freilich, dass Wörter keine festen Grenzen haben.[9] 3

Man denke an die Begriffe „Mensch“ (wie sieht es aus bei der Zygote in vitro?) oder „Gewalt“ (Sitzstreik?) oder „Ehe“ (nur Mann und Frau?).[10]

Im Bereich der *Rechtsfortbildung* sind Standardthemen der Juristischen Methodenlehren sodann die Analogie (Anwendung des Gesetzes auf ähnliche Fälle), der Umkehrschluss (Nichtanwendung des Gesetzes auf einen ähnlichen Fall), die Argumente *a fortiori* (Erst-recht-Schlüsse) und die teleologische Reduktion (Ausnahmen vom Gesetz). Auch hier dürfte Einigkeit bestehen, dass mit diesem Kernbestand die Möglichkeiten der Rechtsfortbildung nicht ausgeschöpft sind. 4

Zudem sind die Grenzen zur Auslegung fließend. So wird der Umkehrschluss manchmal der Rechtsfortbildung,[11] manchmal der (systematischen) Auslegung[12] zugeordnet. Gelegentlich erscheinen „einfache Formen der Rechtsfortbildung“ sogar als Unterfall der Auslegung[13] – auf viel Systemwillen lässt das nicht schließen.

Quer zu allem werden dann Phänomene wie Abwägung oder gar Rechtsdogmatik verortet.[14] Ohnehin wird man sagen können, dass die traditionelle Unterscheidung von „Auslegung und Fortbildung“ des Rechts – in der Rechtsprechung nach wie vor eine geläufige Formel[15] – in den jüngeren Methodenlehren eher verschwimmt und jedenfalls nicht mehr systembildend verwendet wird. 5

II. Die NJML: Konsequente Orientierung am Syllogismus (Regel, Fall, Ergebnis)

Ein System ist, wie Kant sagt, „die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee“[16] oder, an anderer Stelle, „aus einem Prinzip“[17]. Die Idee, die der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) zu Grunde liegt, ist der durch und durch logische Charakter der Rechtsproduktion. Demgemäß sollen in diesem Dritten Teil der NJML die gängigen juristischen Argumente gewissermaßen ihren logischen Platz, genauer: 6

8 Lateinisch *doctrina* ist die Lehre, ein *doctor* daher ein Gelehrter.

9 Besonders kritisch (mit Schwerpunkt auf der Verfassungsinterpretation): *Otto Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, Heidelberg 1988, insb. S. 59 Thesen 9 und 10. – Siehe auch § 16 Rn. 2 und § 21a Rn. 9 Fn. 9.

10 Siehe oben § 5 Rn. 3–4, 12–17, 21 zu Mensch, Zygote und Embryo; zum Gewaltbegriff bei Sitzstreiks § 8, § 9 II, § 10 III (mit „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“); zur „Ehe für alle“ § 4 I.

11 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 390 f.

12 *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 3), Rn. 319–322.

13 *Th. Möllers*, Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023: § 6 III als Untergliederungspunkt von „2. Teil. Auslegung“.

14 *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 13), §§ 9 und 10 und durchgehend. Bei *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 12), Rn. 225, gehört die Abwägung in den Kontext „Das Recht konkretisieren“.

15 Aktuellster Treffer: BVerfG-K [Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts] vom 27.2.2024 – 2 BvR 637/23 –, Rn. 15 mit weiteren Nachweisen, zitiert nach beck-online.

16 *Immanuel Kant*, KrV B 860 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 860; „A“ ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

17 *Kant*, KrV B 673 (Fn. 16).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihren Platz im Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, § 8) zugewiesen bekommen.

7 Daraus ergibt sich als Grundriss[18] der folgenden Darstellung:

Gewinnung der *Regel*,
Aufbereitung des *Falls*,
Manipulation des *Ergebnisses*.

8 Bei der Gewinnung der **Regel** (Kapitel 3) wird es vor allem um die Präparierung ihrer Voraussetzungen gehen (des „Tatbestandes") und um das Aufeinanderabstimmen mehrerer Regeln, aber auch um die Erfindung neuer Regeln. Bei der Aufbereitung des **Falls** (Kapitel 4) soll ganz bewusst und ganz prominent eine Methode vorgestellt werden, die in den akademisch-theoretischen Methodenlehren vollständig ausgespart wird, obwohl sie in der Praxis der Gerichte eine zentrale Rolle spielt; zudem spiegelt sie die Vernünftigkeit des Rechts in ähnlicher Weise wider wie das Prüfungsschema des Verwaltungsakts den Stufenbau der Rechtsordnung (§ 11 Rn. 42–44).

Gemeint ist die sogenannte Relationstechnik (§ 23), sie verwirklicht (= setzt in die Realität um) zum einen den Grundsatz *audiatur et altera pars* („auch die andere Seite muss gehört werden"), zum anderen das Gebot der Sachlichkeit („was ist *rechtlich* erheblich?").

9 Im Hinblick auf das **Ergebnis** (Kapitel 5) wird es zunächst um die Frage gehen, *welche* Folgen bei rechtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen sind – dann aber auch darum, was methodisch guten Gewissens „noch geht" und wo die Grenzen seriöser Rechtsproduktion (oder wenn man will: Rechtserzeugung) überschritten sind.[19]

Dies wird dann nahtlos weiterführen zum Vierten Teil: „Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit". Er will, dies sei schon hier betont, keineswegs die gegenwärtig herrschende Ideologie von Dogmatik heiligen.[20] Umso mehr aber das Recht.[21]

18 *Kant*, KrV B 860 (Fn. 16), bezeichnet „die Kunst der Systeme" als eine „Architektonik".

19 Insofern haben wir mit der „Zweite-Reihe Rechtsprechung" bei der Blockade von Straßen schon ein sehr unrühmliches Beispiel erörtert (§ 10 Rn. 25–28).

20 Dogmatik ist ja die Lehre – besser die Gesamtheit der Lehren – von der rechtlichen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen (§ 11 Rn. 8).

21 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), in: Werkausgabe, Band 7, Frankfurt a.M. 1970, § 30: „Das Recht ist etwas *Heiliges überhaupt*, allein weil es das Dasein des absoluten Begriffes, der selbstbewussten Freiheit ist." – Mit „selbstbewusst" ist hier nicht etwa „selbstsicher" gemeint (im Sinn von: „ich lass mir doch nichts sagen!") sondern: „sich ihrer [der Freiheit] selbst bewusst" – und auch ihrer Voraussetzungen: Ohne Recht – und die vernünftigen Institutionen die es ermöglicht, darunter der Staat (a.a.O. §§ 257 ff.) – keine Freiheit.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 3: Die Gewinnung der Regel

In diesem Kapitel 3 geht es, grob gesagt, um das Herausfinden von und „Herumbasteln“[1] an **Regeln**, die wir bei der Entscheidung von Rechtsfällen im wahrsten Sinn des Wortes „zu Grunde legen“, das heißt: als Begründung verwenden (dass Grund auf Latein *ratio* heißt, haben wir schon erwähnt). 1

Insofern verhält es sich wie im wirklichen Leben: Schön, wenn es eine klare Regel schon gibt, auch wenn es manchmal etwas dauert, sie zu finden. Schwieriger wird es, wenn die Regel nicht völlig klar ist – was heißt „festliche Kleidung“? –, dann muss man sie interpretieren. Selbst klare Regeln können aber unangemessen sein, und mehrere Regeln können sich widersprechen – dann muss man sie korrigieren bzw. aufeinander abstimmen. Schließlich kommt es auch vor, dass man für eine ganz neue Situation ganz neue Regeln erfinden muss – sagen wir: in der Corona-Krise. Im radikalsten Fall muss man sich sogar von einem gesamten Regelwerk verabschieden und sich einem neuen unterwerfen. In der Wissenschaftstheorie nennt man dies einen Paradigmenwechsel, das schlagendste Beispiel ist der Wechsel vom ptolemäisch-geozentrischen Weltbild (die Sonne kreist um die Erde) zum kopernikanisch-heliozentrischen (die Erde kreist um die Sonne). Oder man nehme das Ur-Beispiel der Politik: die Französische Revolution mit ihrem Wechsel von der ständischen Gesellschaft (Adel, Geistlichkeit, „Dritter Stand“) zur Republik (nur noch „Bürger“).

Der politische Begriff „Revolution“ leitet sich tatsächlich ab von dem Titel des Buchs, in dem Nikolaus Kopernikus (1473–1543) sein neues Weltbild vorgestellt hatte: *De revolutionibus orbium coelestium* – Über die Umwälzungen der Himmelskreise (1543). 2

In der Jurisprudenz war ein Paradigmenwechsel die Ablösung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zu den „Ansprüchen aus Art. 14 GG“ (also dem Eigentumsgrundrecht) durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Stichwort „Nassauskiesung“). – Es wird sich zeigen, dass der BGH dieses neue Weltbild bis heute nicht vollständig übernommen hat; er navigiert in manchen Fällen immer noch so, als sei das Eigentum der Mittelpunkt, um den herum sich das Baurecht drehen sollte.[2]

---

1 Diese Metapher, allerdings nicht bezogen auf die Dogmatik, auch bei *Marietta Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Baden-Baden 2018, S. 33 ff. (36 f.).

2 Gemeint ist die Rechtsprechung zum sog. enteignungsgleichen Eingriff beim sog. qualifizierten Unterlassen, konkret: Es geht um einen Entschädigungsanspruch des Eigentümers, wenn er eine erforderliche (Bau-)Genehmigung zu spät bekommt, und zwar auch dann, wenn die Behörde kein Verschulden trifft (insbesondere: Ablehnung der Genehmigung mit vertretbarer Begründung). Klassisch: BGHZ 136, 182 – Reichenau (1997) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite). Kritik daran: *Joachim Lege*, System des deutschen Staatshaftungsrechts, Juristische Arbeitsblätter (JA) 2016, 81–88 (81, 88). – Zur Kategorie „Vertretbarkeit“ unten § 33 II.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3 Demgemäß soll in diesem Kapitel 3 die **Systematisierung** der „Gewinnung von (Rechts-) Regeln" wie folgt vom Einfachen zum Komplizierteren fortschreiten[3]:

– Regeln („Rechtssätze") finden (§ 14)

– Regeln („Rechtssätze") interpretieren (§§ 15–15d)

– Regeln („Rechtssätze") korrigieren und anpassen (§ 16)

– Regeln („Rechtssätze") erfinden (§ 17)

– Regeln („Rechtssätze") aufeinander abstimmen (§ 18)

– Regeln („Rechtssätze") systematisieren (§ 19)

– Paradigmenwechsel (§ 20)

– Das Verhältnis der Ebenen zueinander (§ 21)

In einem kurzen **Intermezzo** werden wir schließlich zusammenfassen, was – im Hinblick auf die Gewinnung von Regeln – die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) von den herkömmlichen Methodenlehren unterscheidet (§ 21a).

In Kapitel 4 und Kapitel 5 wird es dann – im Anschluss an die Gewinnung von **Regeln** – um die Aufbereitung des **Falls** und um die Manipulation des **Ergebnisses** gehen.

3 Ähnlich das Konzept von *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020: Rechtsvorschriften identifizieren, interpretieren, kombinieren. Und eine Ebene darüber: das Recht verstehen, konkretisieren, fortbilden, modifizieren und korrigieren. Wir sind unabhängig voneinander darauf gekommen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 14 Regeln (Rechtssätze) finden

Dieser erste Paragraph des dritten Kapitels handelt in gewisser Weise – und ohne dass dies abwertend gemeint ist – von Banalitäten. „Banal" ist, wie wir schon erwähnt haben, sozusagen die Unterstufe[1] zu „trivial" als Mittelstufe: Altgriechisch *bánausos* ist der Handwerker im schlichten Sinn, während die theoretisch höher durchdachten Tätigkeiten, z.B. die Medizin, die Musik oder die Rhetorik, als *téchnai* bezeichnet wurden (und diejenigen, die eine solche Kunst ausübten, als *technítai*). Die Rhetorik war im Mittelalter dann Teil des Triviums[2] (deshalb „trivial"), das war der erste Teil des Grundstudiums, das alle Studenten zu absolvieren hatten (*studium generale*). 1

Im Folgenden sollen daher zunächst auf einer schlicht-handwerklichen Ebene noch gar nicht die „Kunstregeln" erörtert werden, mit denen man (Rechts-) Regeln handhabt. Vielmehr soll zunächst geklärt werden, wo man diese Regeln findet – genauer: die *Texte*, mit denen als sozusagen *Werkzeugen* man rechtliche Regeln produziert.[3]

Das gängige Bild in den juristischen Methodenlehren dürfte ein anderes sein: Die Regeln (oder „Normen", insbesondere Gesetze) sind der *Gegenstand*, den es zu erkennen gilt. Das wäre so, als ginge es in der Physik primär darum, die Formel $E = mc^2$ zu verstehen – und nicht das Universum, nicht also das, was sie erklären will. Oder im Fall von Rechtsregeln: das, was sie in der Welt verändern wollen (indem sie einen Streit entscheiden).

Eine schöne Polemik: *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems, Baden-Baden 1996.

Nun gut, Metaphern sind Metaphern.

Aber *framing* ist auch *framing* (dazu untern § 35 Rn. 49). Und vielleicht bringen wir Texten sogar eine größere Achtung entgegen, wenn wir sie nicht als Gegenstand, sondern als *Werkzeuge* der Erkenntnis verstehen – die von sehr unterschiedlicher Qualität sein können. (Während die Welt so ist, wie sie ist bzw. sein sollte.)

I. Zum Begriff „Regel"

1. „Rechtssatz": Tatbestand und Rechtsfolge

Mit dem Begriff „Regel" sind im Folgenden natürlich nicht Regeln aller Art, sondern nur *Rechts*regeln gemeint. Rechtsregeln werden nach bundesdeutscher Terminologie in „Rechtssätzen" formuliert, und diese werden dadurch definiert, dass sie eine Wenn-dann-Struktur haben (mit Luhmann: es sind Konditionalprogramme). Im „Wenn-Teil" 2

1 Man denke an das klassische deutsche Gymnasium mit jeweils drei Klassen in der Unter-, Mittel- und Oberstufe.

2 Dazu schon § 2 Rn. 34.

3 Beeindruckend *Markus Winkler*, Juristische Texte als „Werkzeuge", in: Juristische Schulung (JuS) 1995, 1056–1062; Winkler war damals Rechtsreferendar, und es handelte sich um die Ausarbeitung eines Vortrags in einem Proseminar an der Universität Mainz.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Rechtssatzes wird der (abstrakte[4]) *Tatbestand* der Norm formuliert („Wer einen Menschen tötet"), im „Dann-Teil" die sogenannte *Rechtsfolge* („… wird mit Freiheitsstrafe … bestraft"). Kurz:

Rechtssätze bestehen aus **Tatbestand** und **Rechtsfolge**.

3 Allerdings finden sich in den vielen Gesetzen, die man als Jurist anzuwenden hat, nicht nur derart vollständige Rechtssätze. Es gibt auch sogenannte Hilfsnormen, die zum Beispiel definieren, was unter einem bestimmten Rechtsbegriff zu verstehen ist. So lautet etwa § 1 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch): „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt." Oder § 3 BImSchG (Bundesimmissionsschutzgesetz): „Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne dieses Gesetzes sind Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen" (ein Fall dazu unten § 17 Rn. 17) Vor allem die Gesetze des Besonderen Verwaltungsrechts[5] beginnen meist mit einem ganzen Katalog von Definitionen (in § 3 BImSchG sind es mittlerweile neunzehn).

Wenn man genau hinschaut, kann man freilich auch Definitionen in einen Wenn-dann-Satz umformen: „Wenn Immissionen die Nachbarschaft erheblich belästigen, liegt eine schädliche Umwelteinwirkung im Sinne dieses Gesetzes vor."

4 Das gleiche gilt für Vorschriften, die eine Kompetenz zuweisen. So heißt es etwa in

> **Art. 94 Abs. 1 GG** Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:
> 1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind;
> 2. (…)

In diesem Gesetz ist *Tatbestand* das, was in Ziffer 1 beschrieben wird (man nennt es abgekürzt einen „Organstreit"), und die *Rechtsfolge* lautet: „Dafür ist das Bundesverfassungsgericht zuständig."

5 Zu erwähnen bleibt, dass das Wort „Rechtssatz" in der berühmten „Reinen Rechtslehre" von Hans Kelsen eine abweichende Bedeutung hat. Kelsen versteht unter „Rechtssatz" eine Aussage, die den Inhalt der eigentlichen „Norm" – das ist der reale Sinnzusammenhang (mein Terminus, § 5 Rn. 40–59) dass etwas sein *soll* (bei Kelsen: Sollenszusammenhang) – lediglich *beschreibt*.[6]

---

4 Unter dem konkreten Tatbestand versteht man die Verwirklichung des abstrakten Tatbestands im Einzelfall.

5 Das Besondere Verwaltungsrecht ist das vielfältigste aller Rechtsgebiete. Es umfasst u.a. das Recht der Gefahrenabwehr („Polizeirecht"), das Recht der Wirtschaftsverwaltung (Gewerberecht, Bankenaufsicht), das Recht der Bewirtschaftung natürlicher Ressourcen (Wasserhaushalt) und das Umweltrecht (Immissionsschutz), das Recht der Infrastruktur (Straßen, Wege, Luftverkehr, Energie); dann vor allem aber auch das Recht der sozialen Leistungen und Vorsorge (Kranken, und Rechtenversicherung, Sozialhilfe) und so weiter. Im Studium bekommen die Studenten von dieser Vielfalt zu wenig vermittelt.

6 *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1992, S. 72–83; dazu *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 409 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ich nenne diesen „realen Sinnzusammenhang, dass etwas sein soll“, in meinem semiotischen Dreieck zur Erläuterung des Begriffs „Aussage“ auch eine *normative Wirklichkeit* (§ 5 Rn. 25).

Ich bleibe im Folgenden bei der bundesdeutschen Terminologie: Der Rechtssatz ist der Text, der die reale Rechtsregel repräsentiert.

2. Exkurs: Zwei Bedeutungen von „Tatbestand“

Ärgerlich ist, dass das Wort „Tatbestand“ in der deutschen Rechtssprache eine zweite, durchaus verschiedene Bedeutung hat. In den schriftlichen Fassungen gerichtlicher Urteile wird mit „Tatbestand“ die Schilderung des Lebenssachverhalts bezeichnet, auf den sich die darauf folgenden „Entscheidungsgründe“ beziehen. Die Regel, die dies vorschreibt, findet sich in der Zivilprozessordnung (ZPO; Hervorhebungen J.L.): 6

§ 313 Form und Inhalt des Urteils

(1) Das Urteil enthält:
1. die Bezeichnung der Parteien, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Prozessbevollmächtigten;
2. die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
3. den Tag, an dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist;
4. die Urteilsformel;
5. den **Tatbestand**;
6. die Entscheidungsgründe.

(2) Im *Tatbestand* sollen die erhobenen Ansprüche und die dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel unter Hervorhebung der gestellten Anträge nur ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp dargestellt werden. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes soll auf Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen verwiesen werden.

(3) Die *Entscheidungsgründe* enthalten eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht.

Nebenbei: Die Angaben in den Nummern 1 bis 3, die das konkrete Verfahren identifizieren, bezeichnet man insgesamt als das *Rubrum* des Urteils (weil es in früheren Zeiten mit roter Tinte verfasst wurde). Der Bestandteil Nummer 4 – die „Urteilsformel“ – ist der praktisch wichtigste, man bezeichnet ihn auch als *Tenor* (langes „e“ und Betonung auf der ersten Silbe). Er „hält fest“ (lateinisch *tenēre* = haben, halten), was das Gericht als konkrete Rechtsfolge anordnet, zum Beispiel: 7

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.000 Euro zu zahlen.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von … vorläufig vollstreckbar, wenn nicht zuvor der Beklagte in dieser Höhe Sicherheit leistet.

Zu Ziffer 3: Der Kläger kann sofort[7] den Gerichtsvollzieher losschicken, um die 1000 Euro beim Beklagten einzutreiben. Wenn der Beklagte allerdings noch Berufung einlegen und das Blatt sich deshalb wenden kann, muss sichergestellt sein, dass die

7 Natürlich nicht „ganz sofort“. Vielmehr muss ein ordentliches Vollstreckungsverfahren eingeleitet werden. – Bereits hier: Im Zivilprozess unterscheidet man das „Erkenntnisverfahren“ bis zum Urteil

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vollstreckung des Urteils wirklich „vorläufig" bleibt. Deshalb muss der Kläger vor der Vollstreckung „Sicherheit leisten", also etwa Geld beim Amtsgericht hinterlegen. Vorher kann dies aber auch der Beklagte tun: Dann hat der Kläger seine Sicherheit, und man spart sich die Gebühren für den Gerichtsvollzieher.

3. „Norm" (Gesetz im formellen und materiellen Sinn; Gesetz versus Einzelfallentscheidung)

8 Was den Begriff „Norm" angeht, so werde ich ihn weitgehend vermeiden. Im bundesdeutschen Sprachgebrauch versteht man darunter zuvörderst und geradezu synonym „das Gesetz", verstanden als eine *abstrakt-generelle* Regelung – im Gegensatz zur konkret-individuellen Einzelfallentscheidung.

So insbesondere bei der Abgrenzung von Verwaltungsakten gegenüber sonstigen „Regelungen" (!), siehe § 35 Satz 1 VwVfG.[8] – Das Gegensatzpaar abstrakt/konkret bezieht sich auf die Anzahl der Sachverhalte, das Gegensatzpaar generell/individuell auf die Anzahl der Adressaten einer „Regelung".

Klassische Frage zur Abgrenzung: In welches Kästchen gehören die Verkehrszeichen? Sind sie eine „Norm"/ein „Gesetz" (genauer: eine Rechtsverordnung[9]) oder ein „Verwaltungsakt"?[10]

9 Wir haben allerdings schon erwähnt (§ 10 Rn. 18), dass der Begriff „Gesetz" doppeldeutig ist. Gesetze im Sinn von abstrakt-generellen Regeln bezeichnet man als Gesetz *im materiellen* Sinn (das ist das, was wir in der Logik als „Regel" bezeichnet haben). Gesetze *im formellen Sinn* sind demgegenüber alle Entscheidungen, die von den zuständigen Gesetzgebungsorganen (z.B. von Bundestag und Bundesrat oder einem Landtag) im Verfahren der Gesetzgebung (z.B. Art. 76–78 GG – Grundgesetz) beschlossen werden – auch wenn sie sich nur auf einen Einzelfall beziehen.

Bekanntestes Beispiel ist das Haushaltsgesetz (Art. 110 Abs. 2 GG). Es gibt aber auch das Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSWAG),[11] das in einem Anhang („Bedarfsplan") konkret festlegt, welche Vorhaben zum „vordringlichen Bedarf" gehören,[12] und ein entsprechendes (Bundes-) Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG)[13].

(oder Beschluss) und das „Vollstreckungsverfahren". Ein Urteil ergeht, wenn es eine mündliche Verhandlung gegeben hat, sonst ergeht ein Beschluss.

8 Die Vorschrift lautet: „§ 35 Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung [!] eines *Einzelfalls* auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft." – Hervorhebungen J.L.

9 Zum Begriff siehe unten Rn. 36; bekanntestes Beispiel: die Straßenverkehrsordnung (StVO).

10 Antwort: ein Verwaltungsakt in Gestalt der Allgemeinverfügung; zu den Gründen § 10 Fn. 18.

11 Bundesschienenwegeausbaugesetz vom 15. November 1993 (BGBl. I S. 1874), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3221). – „BGBl." = Bundesgesetzblatt.

12 BGBl. I 2016, 3221–3223.

13 Fernstraßenausbaugesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 2005 (BGBl. I S. 201), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3354).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einzelfallgesetze sind allerdings, sofern sie ein Grundrecht einschränken, verboten (siehe Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG).[14]

Nicht nur deshalb, sondern auch aus Sicht der Rechtsstaatlichkeit ist es daher bedenklich, wenn, „damit es schneller geht“,[15] die Gesetzgebung (im formellen Sinn) an die Stelle von Verwaltungsentscheidungen treten soll – jüngstes Beispiel sind sogenannte Maßnahmengesetze im Planungsrecht. So soll etwa, damit es schneller nach Sylt geht, der Bundesgesetzgeber den Ausbau dieser Bahnstrecke genehmigen dürfen – anstelle der eigentlich zuständigen Planfeststellungsbehörde.[16] Damit wird die Gewaltenteilung (ohne die es keine Freiheit gibt[17]) ausgehöhlt. 10

Es kann nun durchaus passieren, dass es in einem konkreten Fall an einem *formellen* Gesetz, das man sich wünscht, *fehlt*, z.B. an einem Gesetz, das einem Landwirt Entschädigung zuspricht, wenn die Möwen und Krähen, die sonst auf der nahen Mülldeponie Nahrung suchen, in einem milden Winter all sein Saatgut vertilgt haben.[18] In solchen Fällen kann sich „die Norm“ – also der nötige Rechtssatz, das Gesetz im *materiellen* Sinn – aus einer anderen „Rechtsquelle“ ergeben, etwa aus dem Gewohnheitsrecht (nicht: „Richterrecht“!, dazu sogleich Rn. 92). 11

In unserem Fall der Möwen und Krähen wäre die nötige „Norm“ der ungeschriebene – und in seinen Tatbestandsvoraussetzungen reichlich unklare – Anspruch aus enteignendem Eingriff, besser: aus Eigentumsaufopferung.[19]

Erwähnenswert: Auch hinsichtlich der „Norm“ gibt es in der Reinen Rechtslehre einen abweichenden Sprachgebrauch. Eine „Norm“ ist für Kelsen jeder Satz, der ein objektives Sollen ausdrückt, sei er nun generell formuliert wie in den Gesetzen (im materiellen Sinn) oder individuell wie im gerichtlichen Urteil (oder in einem Verwaltungsakt).[20] Ich halte dies für sehr einleuchtend, glaube aber nicht, dass es sich jemals gegen den eingefahrenen bundesdeutschen Sprachgebrauch durchsetzen wird. 12

14 Ausführlich *Joachim Lege*, Verbot des Einzelfallgesetzes, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 66, Band III, Heidelberg etc. 2009, S. 439–492.

15 Denn: Gegen Planfeststellungsbeschlüsse kann man (Anfechtungs-)Klage erheben, gegen Gesetze gibt es keinen Rechtsschutz vor den sogenannten Fachgerichten. Möglich wäre allein ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (das sich dafür hoffentlich bedanken würde, indem es das Ganze für verfassungswidrig erklärt).

16 Siehe § 2 Ziff. 6a (!) des – amtliche Bezeichnung! – „Gesetzes zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – MgvG)“ vom 22. März 2020 (BGBl. I S. 640), in Kraft getreten am 1. April desselben Jahres. – Mittlerweile wurde das Gesetz, auch wegen Drucks aus Brüssel, klammheimlich aufgehoben durch Artikel 13 des „Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes“ vom 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 409 S. 37).

17 Charles de Secondat, Baron de la Brède et de *Montesquieu*, De l’Esprit des Lois (1748), Buch XI Kapitel 6 (überschrieben übrigens: *De la constitution d’Angleterre*); deutsch (übersetzt von Ernst Forsthoff!): Vom Geist der Gesetze, 2 Bände, Tübingen 1992.

18 BGH (Bundesgerichtshof), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, 770–771.

19 Dazu etwa *Joachim Lege*, System des deutschen Staatshaftungsrechts, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2016, S. 81–88 (85, 87 f.).

20 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 6), S. 20, 121; auch dazu *Lege*, Pragmatismus (Fn. 6), S. 409 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nebenbei zur Erinnerung: Für Luhmann sind „Normen" – im Gegensatz zu „Kognitionen" – lern*un*willige Erwartungen (vgl. § 11 Rn. 29). Sie bleiben also bestehen, auch wenn jemand – einschließlich unserer selbst – ihnen zuwiderhandelt.

4. Der Begriff „Rechtsregel": Definition

13 Angesichts der – bei genauem Hinsehen – Vielschichtigkeit der Begriffe will ich mich um eine abschließende Definition nicht drücken:

Unter „**Rechtsregel**" verstehe ich ein Gesetz im materiellen Sinn („immer wenn – dann"), dies aber nicht als dessen Text, sondern als die **normative Wirklichkeit** („so soll es rechtens sein"), über die in diesem Text, als „**Rechtssatz**" formuliert, die Aussage getroffen wird, dass sie geltendes Recht ist („**Rechtsaussage**"[21]).

Der Text „Wer einen Menschen tötet, ist zu bestrafen" ist ein Rechtssatz, der die Aussage formuliert, dass dies als **reale Rechtsregel** so sein soll. Oder wenn man will: dass dies als Rechtsregel **verwirklicht** werden soll.

14 Ob diese Rechtsregel wirklich als Recht *gilt*, ist eine zweite Frage. Und die Antwort lautet: Dies hängt ganz allein davon ab, ob der *Autor des Textes* befugt war, diese Rechtsaussage zu treffen. Anders gewendet: Handelt es sich um einen autoritativen Text, oder ist es nur eine *rechtlich unverbindliche* Aussage darüber, wie die Rechtsregel lauten sollte?

II. Autoritative Rechtstexte

15 Wo findet man nun aber Regeln, genauer *Rechts*regeln? Also Regeln, die zur Lösung sozialer Konflikte durch eine *rechts*verbindliche Entscheidung taugen? Fragen wir besser zunächst: Was *macht* eine Regel zur Rechtsregel? Oder besser: einen Text zum *Rechts*text?

1. „Rechtsquellen" und „Rechtserkenntnisquellen"?

16 Insoweit trifft man häufig auf den Begriff „Rechtsquelle". Der Begriff ist so verbreitet, dass man ihn kaum vermeiden kann, und für eine erste Orientierung („simple Heuristik", vgl. § 15d Rn. 21–22) ist er vielleicht brauchbar. Nichtsdestoweniger ist er durchaus irreführend, und man sollte ihn ersetzen durch: *autoritative Rechtstexte*.[22]

---

21 Mein Terminus. Die bezeichnete Sache dürfte dem entsprechen, was Kelsen – abweichend vom üblichen Sprachgebrauch – „Rechtssatz" nennt, siehe bei und in Fn. 6.

22 Auch dieser Terminus ist weder in den Juristischen Methodenlehren noch in der Allgemeinen Rechtslehre noch in der juristischen Alltagssprache geläufig. Umso mehr hat es mich gefreut, ihn durch Zufall in einer – kritischen und schon zitierten – Publikation von *Knut Amelung* zu finden (Nötigung durch Straßenblockade, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht [NStZ] 1996, 230–231 [231]): „Das BVerfG hat wie jeder Urheber eines autoritativen Rechtstextes einen Anspruch darauf, ernst genommen zu werden, und das bedeutet zumindest, daß man ihm keine Absurditäten unterstellt." – Kleine Korrektur: *Helmut Coing*, Juristische Methodenlehre, Berlin etc. 1972, S. 14, verwendet diesen Ausdruck ebenfalls, allerdings eher rechtsgeschichtlich. Ohnehin ist er in der historischen Forschung gebräuchlich, etwa im Hinblick

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Eine klassische Rechtsquellenlehre: Gesetz, Vertrag, Gewohnheitsrecht

Durchaus hilfreich ist, dass eine klassische Rechtsquellenlehre[23] drei Arten von Rechtsquellen unterscheidet: Gesetz, Vertrag, Gewohnheitsrecht. Sie zeigt nämlich, dass Recht nicht allein vom Staat (als Gesetzgeber) geschaffen wird, sozusagen einseitig von oben. Vielmehr haben auch Private die Kompetenz (Rechtsmacht), im Wege der Übereinkunft (Vertrag) Rechtsregeln zu setzen (Beispiel: „Die Gitarre wird unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung verkauft.") Oder man denke an völkerrechtliche Verträge zwischen mehreren Staaten. Gewohnheitsrecht schließlich, also ungeschriebenes Recht, ist innerstaatlich selten, insbesondere wenn ein Staat so „durchjuridifiziert" ist wie der unsere. Im internationalen Recht erkennt man allerdings nach wie vor ein Völkergewohnheitsrecht an.[24] 17

Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts sind traditionellerweise (1) eine lange Zeit der Übung – *consuetudo* –, verbunden (2) mit der Überzeugung, dass diese Übung *rechtens* ist – *opinio iuris* –, also nicht lediglich Ausübung von Gewalt. 18

Bereits angedeutet wurde im Übrigen das „Richterrecht": Es ähnelt dem Gewohnheitsrecht und behauptet seinen Platz dort, wo es nach Ansicht der Rechtsprechung an den nötigen gesetzlichen Regelungen fehlt. Dies ist angesichts des Grundsatzes der Gewaltenteilung nicht unproblematisch (s.u. Rn. 92). 19

Ein Beispiel: Die Anspruchsgrundlagen des enteignungsgleichen und des enteignenden Eingriffs – er wurde soeben schon erwähnt – beruhen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) auf dem „allgemeinen Aufopferungsgedanken in seiner richterrechtlichen Ausprägung"[25].

b) Kritik an der Quellen-Metapher

Trotz – oder gerade wegen – ihrer Plausibilität ist die Redeweise von der „Rechtsquelle" als Metapher, das heißt: als ein Bild von „Quellen", denen das Recht entspringt, nicht ungefährlich. Sie befördert die Vorstellung, „das Recht" befinde sich *in* den Gesetzen (usw.), und man müsse diese gleichsam anzapfen, um für den Einzelfall daraus Recht „abzuleiten". Dies führt allzu leicht dazu, in das Gesetz mehr hineinzulesen als drinsteht. 20

---

auf das Corpus Iuris Civilis im Mittelalter, siehe *Steffen Schlinker*, Rechtsgeschichte, 2. Aufl., München 2023, § 16 Rn. 11, § 17 Rn. 13.

23 Sie scheint heute allerdings nicht mehr verbreitet zu sein. Im Hinblick auf staatliches Recht werden meist nur Gesetz und Gewohnheitsrecht genannt, die Verträge bleiben außen vor. Im Völkerrecht fehlen hingegen die Gesetze, zu Vertrag und Gewohnheitsrecht kommen noch die Allgemeinen Rechtsgrundsätze hinzu. Ich bleibe bei meiner „Klassik". – Umfassend etwa *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln etc. 2008, §§ 66–76.

24 Genauer z.B. *Michael Schweitzer/Hans Georg Dederer*, Staatsrecht III. Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 12. Aufl., Heidelberg 2020, § 3 B III, Rn. 462–493.

25 So seit den beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (abgekürzt zitiert nach Band, Seite [Fundstelle]): BGHZ 90, 17 (31) – Sandabbau/enteignungsgleicher Eingriff (1984), BGHZ 91, 20 – Kläranlage/enteignender Eingriff (1984). – Für den größeren Rahmen: *Joachim Lege*, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG. Teil 2: Art. 14 GG und das Staatshaftungsrecht, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2011, S. 826–839.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Als Zitat etwas abgedroschen, aber nun einmal Goethe: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter."[26]

21 Dies führt dann zu dem Problem, die wahren Rechtsquellen von bloßen „Rechtserkenntnisquellen" abzugrenzen.[27] Insofern mag es klare Fälle geben: Juristische Literatur und die Gesetzesmaterialien, insbesondere die abschließenden Gesetzesbegründungen, sind nicht selbst das Gesetz, sondern nur eine „Quelle" zu dessen Erkenntnis.[28] Aber wie steht es um gerichtliche Entscheidungen?[29] Insbesondere um deren *rationes decidendi*?

> Nach einer schönen Formulierung von Martin Kriele (1931–2020) sind sie „präsumtiv verbindlich", das heißt: Sie haben die Vermutung der Richtigkeit für sich, man kann aber von ihnen abweichen, wenn es dafür gute Gründe gibt.[30]

Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) empfiehlt daher, den Begriff „Rechtsquelle" und erst recht „Rechtserkenntnisquelle" zu streichen[31] – man muss sich nicht in Metaphern verhaspeln.

22 Stattdessen sollte man von „**autoritativen Rechtstexten**" sprechen und sie definieren als:

Sprachakte[32] (i.w.S.[33]), **die Rechtsverbindlichkeit erzeugen**.

Und „Rechtserkenntnisquelle" übersetzt man am besten mit … „Dogmatik"!

2. Autoritative Rechtstexte und Dogmatik

23 Letztlich muss man nämlich konstatieren: Das Gesetz (genauer die Rechts*regel*) – verstanden als ein *realer*, normativer Sinnzusammenhang[34] – muss stets unterschieden werden von dem *Text*, in dem es (bzw. sie) formuliert wurde. Nur was diese *Texte* angeht, kann man unterscheiden zwischen denjenigen Autoren, die in ihren Texten Rechtsregeln verbindlich vorschreiben können, und Autoren, bei denen dies nicht der

---

26 *Johann Wolfgang von Goethe*, Gedichte (Ausgabe letzter Hand, 1827), Zahme Xenien 2, S. 653, http://www.zeno.org/Literatur/M/Goethe,+Johann+Wolfgang/Gedichte/Gedichte+(Ausgabe+letzter+Hand.+1827)/Zahme+Xenien/Zahme+Xenien+2 <30.11.2023>.

27 Siehe etwa *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 2 Rn. 6, § 3 Rn. 1–22 und öfter; für das Völkerrecht etwa *Schweitzer/Dederer*, Staatsrecht III (Fn. 24), § 3 A, Rn. 267, aber auch § 3 B II 2 b, Rn. 480: Bei der Rechtsquelle Gewohnheitsrecht sei die Voraussetzung *opinio iuris* ein Ergebnis der Rechtserkenntnis.

28 So *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 27), § 3 Rn. 103 bezogen auf die juristische Literatur.

29 *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 27), § 3 II, schlägt u.a. vor: „sekundäre Rechtsquelle" (Rn. 31–42). Die Gerichte selbst hingegen leiten ihren Tenor (oben Rn. 7) gern mit der Formel ein, sie hätten ihn „für Recht *erkannt*" (!).

30 *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 243–268.

31 Skeptisch zur Rechtserkenntnisquelle wohl auch *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 27), § 3 Rn. 6 mit Hinweis auf Franz Bydlinski.

32 Klassiker zur Sprechakttheorie *John Langshaw Austin*, How to Do Things With Words, Oxford 1955, 2. Aufl. 1962; auf Deutsch – geradezu typisch deutsch – erschienen unter dem Titel „Zur Theorie der Sprechakte", Stuttgart 1972. – Mein Begriff „Sprachakt" statt „Sprechakt" macht deutlich, dass es nicht nur um die gesprochene Sprache geht.

33 Kürzel für „im weiteren Sinn"; hier insbesondere auch: schlüssiges („konkludentes") Verhalten (Trierer Weinversteigerung (s.o. § 10 Rn. 9 und unten bei Fn. 111).

34 Zum Begriff § 5 II Rn. 40–59 4; siehe auch oben Rn 5: „Sollenszusammenhang" (Kelsen).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fall ist. Kurz: Es handelt sich um ein Kompetenzproblem (wie so vieles im Recht, folglich auch in seiner Methode).

Klassisch Thomas Hobbes (1588–1679): ***Auctoritas*** *non veritas facit legem* – die Urheberschaft (Autorschaft) schafft das Gesetz, nicht etwa dessen Wahrheit[35] (bzw. Richtigkeit[36]).

Es ist bei Hobbes also nicht etwa die Macht – *potestas* –, die Recht schafft! Und erst recht nicht Gewalt.[37]

Natürlich ist dies schon die Antwort auf die eingangs (unter II) gestellte Frage: Was *macht* eine Regel zur Rechtsregel?

Anders gewendet: Es gibt autoritative (rechtlich verbindliche) und nicht-autoritative Rechtstexte. Und *welche* Rechtstexte autoritativ gelten, richtet sich nach der jeweiligen Rechtsordnung. 24

In einem Fallrechtssystem sind Präjudizien, genauer deren *rationes decidendi*, autoritative Rechtstexte. In Gesetzesrechtssystemen sind sie es jenseits des Falls, den sie zu entscheiden haben, nicht[38] – es sei denn, dies wird gesetzlich so angeordnet (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG – Bundesverfassungsgerichtsgesetz[39]). Wir kommen darauf zurück.

Was sodann aber das *Verständnis* der autoritativen Rechtstexte angeht, so gilt: Es gibt **Regeln immer nur so, wie wir sie verstehen**[40]. Und zwar *normativ* verstehen: Welches „Sollen" schreiben sie vor (erster Schritt), und ist dieses Sollen in meinen Augen richtig oder nicht (zweiter Schritt)? Dabei wissen wir natürlich, dass hinter jedem „Sollen" ein „Wollen" steht,[41] bei autoritativen Texten also der Wille des Normgebers oder der Normgeberin (z.B. eines Staates, einer Stadt, einer Gemeinde; eines Vertragspartners; eines Strafrichters). 25

Diesem Willen sollte man zunächst einmal unterstellen, dass dem Autor *klar* war, was er gemeint hat – bei der aktuellen Gesetzgebung kann man daran leider oft Zweifel haben (Stichwort Kölner Silvesternacht,[42] Stichwort § 214 Abs. 3 Satz 2 Halb-

35 *Thomas Hobbes*, Leviathan (1651), Chapter 26; deutsch: Leviathan, 10. Aufl., Frankfurt a.M. 2020.

36 Siehe oben § 5 II Rn. 66–84.

37 Ganz im Gegenteil: Nackte Gewalt herrscht im Naturzustand, und dies ist bei ihm ganz explizit ein Zustand *ohne* Recht. Hobbes ist eben ein großer Humanist (und Humorist).

38 Man sagt: Sie gelten nur *inter partes* – zwischen den Parteien.

39 Die Vorschrift lautet: „In den Fällen des § 13 Nr. 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft."

40 Stichwort mit Luhmann: „doppelte Kontingenz" (vgl. § 10 Rn. 31): Bei jeder Kommunikation, auch der Kommunikation zwischen Normsetzer und Normadressat, begegnen sich zwei unterschiedlich geprägte Verständnishorizonte (desgleichen natürlich auch bei der Kommunikation zwischen Juristen und Nicht-Juristen … etwa in einem Buch zur Neuen Juristischen Methodenlehre – NJML).

41 Klassiker ist immer noch *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig etc. 1934 (Studienausgabe: Tübingen 2008); 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1992.

42 Dazu schon § 10 Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

satz 2 BauGB[43]). Dass der Gesetzgeber die heiklen Dinge manchmal sogar bewusst der Rechtsprechung „zur Klärung" überlässt, ist wenig seriös.[44]

26 Wie auch immer: Das „Wollen" des Normsetzers hat natürlich seine **Gründe**. Deshalb gibt es „hinter" dem autoritativen Text – sei dies nun ein Gesetz, eine Urteilsformel oder ein Vertrag – immer sehr vieles, was ihn verständlich, aber auch kritisierbar macht. All dieses Viele dient letztlich dazu, den autoritativen Text – genauer: seine Aussage, dass diese reale Rechtsregel gelten soll – als „richtig" zu erweisen. Anders gewendet: Hinter jedem autoritativen Text steht die **Meinung** – altgriechisch *dóxa* –, so sei es richtig. In diesem Sinn hat dann auch, ohne dass dies ein Widerspruch wäre, der Gesetzgeber seine **Dogmatik** – eine Dogmatik, die ihm sozusagen „vorgeschwebt"[45] hat.

Dogmatik, so wie sie von der NJML verstanden wird, ist nichts anderes als die Lehre – besser die Gesamtheit der Lehren – von der *rechtlichen Richtigkeit* rechtlicher Entscheidungen (§ 11 Rn. 8).

27 Und diese **Dogmatik** des Gesetzgebers kann für sich keine höhere Autorität in Anspruch nehmen als die Meinung aller anderen Interpreten im Diskurs um das, was ich **rechtliche Richtigkeit** nenne.

Nebenbei: Bei Platon findet man die etwas seltsame Formulierung, die „Wächter" des Staates – aus heutiger Sicht: die Polizei und überhaupt die Beamten – müssten die „richtige Meinung vom Schrecklichen" (*orthḗ dóxa toũ deinoũ*) haben; wobei der Gesetzgeber (*nomothétēs*) definiert, was und inwieweit (*taúta te kaì toiaúta*) es schrecklich ist.[46] Auch Platon wusste also schon, dass nicht der autoritative Text richtig ist, sondern erst das, was er anordnet – sofern man es „richtig" versteht.

III. Die Fundorte autoritativer Rechtstexte

28 Wie auch immer: Die „Regeln" (Rechtssätze), mit denen die Rechtsfindung arbeiten will und soll, müssen zuvörderst mithilfe von autoritativen Rechtstexten gefunden werden. Wie findet man nun diese Texte? Beginnen wir mit dem

1. Gesetzesrecht

Die folgenden Ausführungen wenden sich zunächst eher an Nicht-Juristen, vor allem, um terminologische Missverständnisse zu vermeiden. Vielleicht bereiten sie aber auch gestandenen Juristen wenigstens Vergnügen.

---

43 Eine widersprüchliche „Angstklausel", die im Gesetzgebungsverfahren auf den letzten Drücker eingefügt wurde, siehe *Wilfried Erbguth*, Abwägung auf Abwegen?, in: Juristenzeitung (JZ) 2006, S. 484–492 (490); auch *Joachim Lege*, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre"? in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374.

44 Kritisch auch *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 572.

45 Vgl. hiermit die Formulierung von Savigny in der berühmten Stelle zu den vier „Canones" der Auslegung (zitiert unten § 15d Rn. 7) zum „systematischen Element".

46 *Platon*, Politeia IV 7 (429b-d, 430a-b); dazu *Joachim Lege*, „Die richtige Meinung vom Schrecklichen". Platon über das Staats- und Verwaltungsrecht, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow, Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 271–280.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Und gleich vorweg: Für Jurastudenten gibt es ein sehr hilfreiches und sogar kritisches Buch: Otto Lagodny, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl., Berlin etc. 2012.

a) „Gesetze": ein Überblick

Das Wichtigste zuerst: Unter „Gesetz" versteht man je nach Kontext durchaus Verschiedenes.

aa) Einzelne Gesetze

Sofern es im Hinblick auf die Rechtsproduktion Gesetze gibt – Gesetze im formellen[47] und materiellen Sinn (s.o. Rn. 9) – ist keineswegs klar, dass die Gesetze *alles* regeln, was rechtlich geregelt werden müsste. In der Antiken Gerichtsrhetorik hat man staatliche Gesetze daher als „Beweismittel" angesehen, die von den streitenden Parteien in den Prozess eingebracht werden mussten[48] – es war schlicht nicht selbstverständlich, dass es für alles ein Gesetz gibt, noch weniger, dass die Richter (oft Laien) alle Gesetze kannten. 29

Auch im Mittelalter bildeten die Gesetze keineswegs ein geschlossenes System. Insbesondere ergaben die sogenannten „Reichsgrundgesetze" (*leges fundamentales*) – etwa die Goldene Bulle oder das Wormser Konkordat – keine einheitliche Verfassung, vielmehr waren es Ad-hoc-Regelungen etwa zur Frage der Königswahl (Kurfürsten!) oder zur Kompetenzverteilung zwischen Kaiser und Papst (Investiturstreit).[49] Und noch Savigny unterscheidet die Auslegung „einzelner Gesetze" von der Auslegung der „Rechtsquellen im Ganzen".[50]

bb) Kodifikationen

Die Idee einer Kodifikation, also eines Rechtstextes, der das gesamte Recht in einem widerspruchsfreien System zusammenfasst, ist vor allem im Corpus Iuris Civilis (CIC) aus dem Jahr 533 verwirklicht worden – jenem gewaltigen, unter dem oströmischen Kaiser Justinian I. entstandenen Text, der in seinem umfangreichsten Teil – den Digesten oder Pandekten – das bisherige römische Fallrecht[51] (!) in ein System von Regeln zusammenfasste. 30

47 Also erlassen von hierfür zuständigen „besondere[n] Organen der Gesetzgebung" (so die Formulierung in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG).

48 So etwa in der Rede des Apollodoros gegen Neaira, siehe: *Antiphon*, Gegen die Stiefmutter/*Apollodoros*, Gegen Neaira, griechisch/deutsch, hrsg. von Kai Brodersen, Darmstadt 2004, S. 66/67. Das dort eingebrachte Gesetz lautete (von mir modifizierte Übersetzung): „Wenn ein Fremder (*xénos*) mit einer Stadtbürgerin (*astḗ*$_i$) zusammenwohnt (…), so kann jeder beliebige Athener gegen ihn Klage erheben. Wenn er [der Fremde] verurteilt wird, so soll er in die Sklaverei verkauft und sein Vermögen eingezogen werden und ein Drittel davon dem Ankläger zufallen."

49 Einzelheiten: *Rolf Grawert*, Gesetz II 4 d, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe (GGb), Band 2, Stuttgart 1975, Nachdruck 1992, S. 887–889.

50 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, §§ 33, 42.

51 Mit Recht stets betont von *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 18 II.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wegen der Fallnähe sind die Regeln des CIC durchweg anschaulicher als die des heutigen BGB. Man vergleiche etwa die Regeln über den Eigentumserwerb durch Vermischung und Verarbeitung in den Institutionen[52] (2.1.25 – 34) – dort ist die Rede von Getreide, von Honigwein, von fremden Purpurfäden, die jemand in sein Gewand einwebt – mit den Regelungen in §§ 946 bis 948 und in § 950 BGB.

31 Zu einer Renaissance der Kodifikation kam es erst um die Wende zum 19. Jahrhundert. Oft zu wenig gewürdigt wird insoweit das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) von 1794. Es enthielt in einem einzigen, freilich „sehr dicken"[53] Werk das gesamte in Preußen geltende staatliche Recht – vom Zivilrecht über das Öffentliche Recht (Staatsrecht, Verwaltungsrecht) bis zum Strafrecht.[54]

Eine Kuriosität: Die Ansprüche auf Entschädigung wegen „Aufopferung für das gemeine Wohl" berufen sich bis heute auf die §§ 74, 75 der Einleitung zum ALR. Sie lauten:

§ 74 Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehen.

§ 75 Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.

32 Die berühmteste und wohl auch gelungenste Kodifikation war dann der von Napoléon Bonaparte (1769–1821) initiierte französische *Code Civil* aus dem Jahr 1804. Nicht zu vergessen ist daneben das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1812. Beide Kodifikationen regeln, wie der Name schon sagt, das Zivilrecht bzw. Bürgerliche Recht, und beide sind noch heute in Kraft.

Zum Stil: Der Code Civil ist sprachlich offenbar derart gelungen, dass der Schriftsteller Stendhal (1783–1842, bekanntester Roman: *Le Rouge et le Noir*), bevor er an die Arbeit ging, stets einige Paragraphen aus dem *Code Civil* las: *pour prendre le ton*.[55]

cc) Staatsverfassungen

33 In gewisser Weise ebenfalls Kodifikationen sind die neuzeitlichen Staatsverfassungen, beginnend mit der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787. Auch sie gilt noch heute – und ist in ihrem Haupttext bis heute nicht verändert worden (allerdings gibt es 27 Zusätze, die sogenannten *amendments*).

---

52 Die Institutionen sind der erste Teil des Corpus Iuris Civilis. Leicht erhältliche Ausgabe: *Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohsse/Thomas Rüfner* (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis – Die Institutionen, 4. Aufl., Heidelberg etc. 2013.

53 Dies angeblich der Kommentar Friedrichs II. (oft genannt: der Große), als ihm das Werk vorgestellt wurde.

54 Neuere Ausgabe: *Hans Hattenhauer* (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 2. Aufl., Neuwied etc. 1994. Würdigung mit viel Sympathie: *Elmar Hucko*, Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, in: NJW 1994, 1449–1453.

55 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 202 Fn. 3 (übrigens in „§ 14 Ästhetik des Rechts", wo der Lapidarstill des Rechts gelobt wird, also sein knapper Stil [wie bei einer Inschrift auf einem Stein, lateinisch *lapis*]. Von diesem Stil ist heute kaum noch etwas übrig).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Grundgesetz hingegen ist seit 1949 nicht weniger als 69 mal geändert worden (Stand März 2025). Und dass es ausgerechnet die 66. Änderung war, mit der zur Stärkung der Bundeswehr die Errichtung eines Sondervermögens von 100 Milliarden Euro ermöglicht wurde (Art. 87a Abs. 1a GG), hat ein gewisses Etwas.[56]

Die Idee der neuzeitlichen Verfassung besteht darin, das politische System eines Staates – oder wenn man so will: die Ausübung der staatlichen Herrschaft – umfassend unter die Herrschaft „der Gesetze" zu stellen (so wie in Platons „Nomoi"[57]), genauer: unter ein „Verfassungsgesetz", das alle hierfür erforderlichen Regeln („Gesetze") enthält. Dies ist der ursprüngliche und eigentliche Sinn des Begriffs „Rechtsstaat" (*rule of law*). 34

Umso schlimmer, dass neuerdings unter „Rechtsstaat" ein Staat verstanden wird, der gefälligst Recht und Ordnung zu gewährleisten hat – etwa nach der schon erwähnten Kölner Silvesternacht[58] („Da muss der Rechtsstaat mit voller Kraft zurückschlagen").[59] Aber in Deutschland – genauer: in den deutschen Staaten[60] – wurde und wird vom Recht schon immer mehr erwartet als nur die Kontrolle von Macht.[61]

Nebenbei: Die „Verfassungsgeschichte der Neuzeit" ist ein eigenes, großes, lohnendes Feld der Rechts-, Politik- und Geschichtswissenschaft.[62] Mir persönlich gefällt besonders, dass die amerikanische Verfassung so deutlich wie wohl keine andere die Idee der Gewaltenteilung spiegelt – sie ist schlicht gegliedert in die drei Gewalten „Exekutive" (der Präsident), „Legislative" (der Kongress) und „Judikative" (der Supreme Court).[63] Schön ist auch, dass die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 bis heute gilt. Allgemein unterschätzt wird offenbar die Belgische Verfassung von 1831. Die deutsche Verfassungsgeschichte ist besonders wechselhaft (Frühkonstitutionalismus, Deutscher Bund, Paulskirche, Bismarck, Weimar, „Drittes Reich", DDR und Grundgesetz). 35

56 Die Zahl 666 wäre noch diabolischer gewesen siehe (Offenbarung [*Apokalýpsis*] des Johannes – das ist das letzte, sehr merkwürdige Buch der Bibel – Kapitel 13, Vers 18: *hexakósioi hexakónta héx*). – Man kann auch an die *order 66* in der Star Wars-Saga denken – ich kenne sie freilich nur vom Hörensagen.

57 Die Väter der amerikanischen Verfassung waren stark von der römisch-griechischen Antike beeinflusst!

58 Dazu schon § 10 Rn. 40.

59 Kritisch daher *Joachim Lege*, Der Rechtsstaat und ich – alles nur Gesetze? Eine Auftragspolemik in acht Teilen, in: Anwaltsblatt 12 (2019), S. 887–891.

60 Genau genommen gibt es „Deutschland" ja erst seit dem Bismarck-Reich von 1871. Das zuvor bestehende Heilige Römische Reich Deutscher Nation war ein verschachteltes „Monstrum" (Pufendorf) und der Deutsche Bund von 1815 gerade kein Bundesstaat, sondern ein Staatenbund.

61 Zur Entwicklung des Rechtsstaatbegriffs seit dem frühen 19. Jahrhundert *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M. 1991, S. 143–169 (155 ff.); rechtsvergleichend *Stephan Kirste*, Die Rule of Law in der deutschen Rechtsstaatstheorie des 19. Jahrhunderts, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 21 (2013), S. 23–62. – Sogar der Nationalsozialismus hatte seinen Begriff von Rechtsstaat, siehe *Christian Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich, Tübingen 2003. – Neueres Beispiel für eine Überanstrengung des Rechts: *Daniel Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Frankfurt a.M. 2017.

62 Juristisches Standardwerk: *Bodo Pieroth/Werner Frotscher* Verfassungsgeschichte, 20. Aufl., München 2022.

63 Es folgen dann noch einige Vorschriften zur auswärtigen Gewalt etc.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass der Vorrang der Verfassung vor allem sonstigen Recht erst hat erfunden werden müssen, wurde schon erwähnt (§ 11 Rn. 48; Marbury v. Madison). Dass zu einer Verfassung Grundrechte gehören, ist ein Kann, kein Muss.

dd) Rechtsverordnungen und Satzungen

36 Während eine Verfassung *über* den normalen, den sogenannten „einfachen Gesetzen" steht, gibt es auch „Rechtsnormen" (im Sinn von Rechts*regeln*, also Gesetzen im materiellen Sinn), die im Rang *unter* dem einfachen Recht stehen. Man unterscheidet insoweit Rechtsverordnungen und Satzungen. Mit Hilfe von Rechtsverordnungen wird für einen bestimmten Lebensbereich, etwa den Straßenverkehr, die Befugnis zum Erlass von Rechtsregeln auf einen Minister oder auch die gesamte Regierung delegiert.[64] Voraussetzung ist allerdings, dass diese Delegation in einem formellen Gesetz („Parlamentsgesetz") erfolgt – etwa in § 6 StVG (Straßenverkehrsgesetz) – und dass dieses Gesetz „Inhalt, Zweck und Ausmaß" der Ermächtigung „bestimmt" (Art. 80 GG[65]). Ob dies immer hinreichend genau „bestimmt" ist, wurde im Hinblick auf die Rechtsverordnungen in der Corona-Krise mit Recht stark bezweifelt.[66] In der Tat ist die Verordnungsermächtigung in § 32 mit ihrem Verweis auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Infektionsschutzgesetz – IfSG – äußerst weit gefasst.[67]

Nebenbei: Das Infektionsschutzgesetz hieß früher sehr viel treffender „Bundesseuchengesetz". Ob diese Bezeichnung – denn Sprache gestaltet ja die Welt (§ 5 Rn. 56) – die Akzeptanz einer Impfpflicht erhöht hätte? Weil man statt Niesen die Pest auf dem Schirm hätte?

37 Bei Satzungen denke man am besten sogleich an z.B. Städte und Gemeinden, Universitäten, Rundfunkanstalten. Sie können ermächtigt werden, für ihre eigenen Angelegenheiten Rechtsregeln zu erlassen, etwa eine Friedhofs- oder Sportstättensatzung, Studien- und Prüfungsordnungen, Satzungen über das Verfahren zur Leistung der Rundfunkbeiträge.[68] Satzungen stammen somit nicht vom „Staat im engeren Sinn", also nicht von Bund oder Ländern (mit ihren Organen wie Bundestag oder Bundesminister). Sie stammen vielmehr von Hoheitsträgern, die den „Staat im weiteren Sinn" bilden: In ihm haben sie einen eigenen, autonomen Bereich, in den ihnen der „Staat"

64 In „de-leg-ieren" steckt in der Tat das lateinische Wort *lex* = Gesetz.

65 … und die entsprechenden autoritativen Texte in den Verfassungen der Länder.

66 Zum Beispiel *Uwe Volkmann*, Heraus aus dem Verordnungsregime, in: NJW 2020, 3153–3160; *Andrea Edenharter*, Grundrechtseinschränkungen in Zeiten der Corona-Pandemie, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR) 69 (2021), 555–581. Geradezu programmatisch jetzt *Anika Klafki*, Differenzierte Rechtsgrundlagen als Gebot effektiver Krisenbewältigung, in: NJW 2023, 1340–1344.

67 Die Vorschriften lauten:

§ 32 Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 28b und 29 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. (…)

§ 28 Schutzmaßnahmen (1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 28a, 28b und 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere (…).

68 Die Satzungsermächtigung findet man in § 9 Abs. 2 des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags (RBStV).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im engeren Sinn nur bedingt hineinreden darf (siehe zur Garantie der kommunalen Selbstverwaltung etwa Art. 28 Abs. 2 GG[69]).

Auch in diesem Bereich sind viele juristische Methodenfragen in Wahrheit Kompetenzfragen.

Gemeinsam ist den Rechtsverordnungen und Satzungen: Die Rechtsregeln, die sie enthalten, werden als Gesetze im (nur) materiellen Sinn bezeichnet – eben weil sie nicht von den gesetzgebenden Körperschaften des „Staates" im engeren Sinn stammen. 38

Gesetze im formellen und im materiellen Sinn (s.o. Rn. 9 – wichtige Unterscheidung) bilden mithin zwei sich überschneidende Kreise.[70] Die meisten Gesetze sind Gesetze sowohl im formellen als auch im materiellen Sinn. Einige Gesetze sind dies nur formell (BSWAG), einige nur materiell (die Rechtsverordnungen und Satzungen).

Skurril dann allerdings: Es gibt auch „Gesetze im materiellen Sinn", die dies *nur formell* sind, weil sie nämlich gerade nicht ein (materielles) „Gesetz" (= eine Regel) formulieren, sondern einen Einzelfall regeln – so die Bebauungspläne der Gemeinden (gemäß § 10 Abs. 1 BauGB – Baugesetzbuch – sind es Satzungen), so die Rechtsverordnungen, die einen Landesentwicklungsplan feststellen oder die Regionalpläne für verbindlich erklären (z.B. § 7 Abs. 4, § 9 Abs. 5 LPlG M-V – Landesplanungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern). 39

Vielleicht wird an „so etwas" besonders deutlich, dass Juristen geradezu Weltmeister im Interpretieren[71] sein müssen: Je nach Kontext heißt „Gesetz" (und vieles andere) mal dies und mal das.

ee) Gesetz als Gesamtwerk und als Einzelvorschrift

Zum Abschluss: Angeklungen ist, dass der Begriff „Gesetz" auch noch in einer weiteren Hinsicht doppeldeutig ist. Gemeint sein kann ein Gesetzeswerk als Ganzes, zum Beispiel das Bundesfernstraßengesetz (FStrG), das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG), das „Gute-Kita-Gesetz"[72]. Als „Gesetz" kann aber auch jeder einzelne Rechtssatz (jeder „Paragraph") bezeichnet werden. Wenn in den Juristischen Methodenlehren (und auch sonst im Recht) von „Gesetz" die Rede ist, ist allermeistens dies letztere gemeint. 40

69 Wortlaut: „Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln."

70 Siehe *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 4 Rn. 17.

71 In den Worten des berühmten Rechtsphilosophen *Ronald Dworkin*, Law, Philosophy, and Interpretation, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1994, 463–475 (475): „I said earlier that philosophers have insufficiently studied the phenomenon of interpretation. ... Indeed, I go so far as to suggest that lawyers are better equipped than members of those other disciplines (sc. art and literature) self-consciously to reflect on the nature and character of interpretation. But you will now be saying, 'How like an American professor of jurisprudence to claim that this subject is at the center of the universe!' "

72 Gesetz zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Verbesserung der Teilhabe in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege (KiTa-Qualitäts- und -Teilhabeverbesserungsgesetz – KiQuTG) vom 19.12.2018 (BGBl. I S. 2696).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (I): Begriffsbäume (Hierarchie)

41 Schaut man zurück auf die Vielgestaltigkeit der „Gesetze", die man als Jurist (und vor allem auch als Rechtsunterworfener) für die Lösung eines Rechtsproblems zu beachten hat, stellt sich natürlich die Frage: Wie findet man in diesem riesigen Haufen autoritativer Rechtstexte „die passende Norm"?

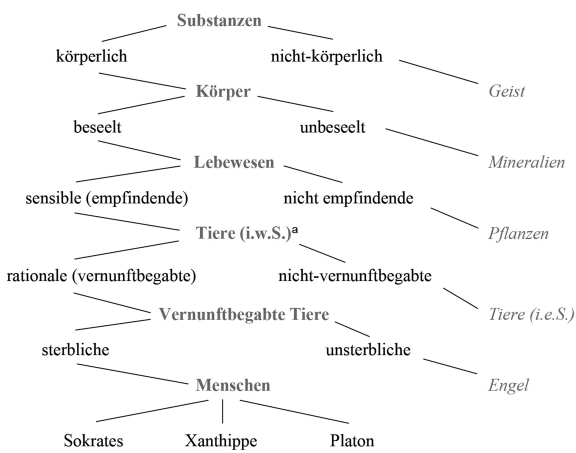
Die Antwort ist leicht: Man muss sich halt gut auskennen.

> Oder wie Hobbes gesagt hat: „The best prophet naturally is the best guesser; and the best guesser, he that is most versed and studied in the matters he guesses at, for he hath most signs to guess by."[73]

Aber kommt es wirklich auf die *Menge* der Gesetze an, die man kennt (*most signs*)?

42 Natürlich nicht. Am wichtigsten ist, im Dickicht der Gesetze die gängigen Pfade zu kennen, auf denen man zu den entscheidenden Vorschriften gelangt – mit anderen Worten: die Systematik, das heißt die *Prinzipien* zu kennen, gemäß denen die Gesetze *angeordnet* sind.

Ein insoweit wichtiges Prinzip haben wir schon erwähnt (§ 11 Rn. 48): Hierarchie, das heißt Über- und Unterordnung. Klassisch aus dem nicht-juristischen Bereich sind insofern die sogenannten Begriffsbäume. In ihnen geht man von einem Oberbegriff aus und ordnet ihm in immer feineren Verästelungen immer speziellere Unterbegriffe zu. Am berühmtesten ist der *arbor Porphyrii* (Baum des Porphyrios), auch ihn hat der Logiker (!) Petrus Hispanus (1205–1277) populär gemacht (zu ihm bereits § 1 Rn. 13, § 5 Rn. 104, 111).[74] In Übersetzung und ergänzt (vor allem um die rechte Spalte):



73 *Hobbes*, Leviathan (Fn. 35), Chapter 3.

74 *Petrus Hispanus*, Logische Abhandlungen/Summulae Logicales (ca. 1240), lateinisch-deutsch, München 2006, S. 26; mitgeteilt auch von *Fritjof Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl., Bielefeld 1997, S. 141.

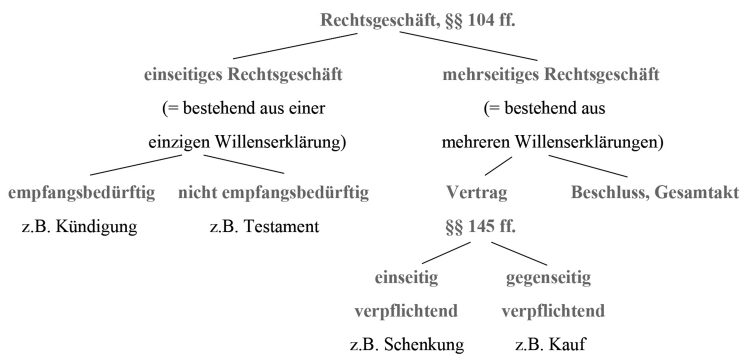
a Abkürzung für „im weiteren Sinn".

b Abkürzung für „im engeren Sinn".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Man sieht recht deutlich, dass hinter diesen Begriffsbäumen eine ontologische Auffassung von Logik steht (§ 4 Rn. 2): Es ist die *Welt*, die logisch geordnet ist, und die Begriffe bilden dies bloß ab. Man sieht zugleich, dass sich die Weltbilder wandeln: Porphyrios und Petrus Hispanus gehen ganz selbstverständlich davon aus, dass es unter den vernünftigen Lebewesen „sterbliche und unsterbliche" gibt, nämlich Menschen und Engel. Diese sehr spezielle *differentia specifica* (= spezielle Differenz, dazu sogleich § 15a Rn. 14–15) ist uns fremd geworden. 43

In der Jurisprudenz gibt es, auch in den gängigen Methodenlehren, entsprechende Begriffsbäume oder (wie man meist sagt) *Begriffspyramiden*, etwa zu den Arten und Unterarten des Rechtsgeschäfts. Ein Beispiel (leicht vereinfacht mit Angabe der „Normen", d.h. Paragraphen, soweit vorhanden)[75]: 44



Es gibt sogar ganze Bücher, die „den Stoff" des Rechts in dieser Weise graphisch-systematisch aufarbeiten, so etwa das Lehrbuch von Martini[76] zum Verwaltungsprozessrecht. Eine in dieser Art vorgenommene Systematisierung des Bürgerlichen Rechts von Gernhuber[77] hat sich nicht durchgesetzt: Klassiker zur Examensvorbereitung wurde vielmehr „der Medicus", gemäß Untertitel „eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung".[78] Es geht also auch anders als „hierarchisch".

75 Nach *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 27), § 4 Rn. 111.

76 *Mario Martini*, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., München 2023.

77 *Joachim Gernhuber*, Bürgerliches Recht. Ein systematischer Leitfaden in 50 Übersichten, Tübingen 1976; ab der zweiten Auflage erschien es als „ganz normales" Buch unter dem Titel „Bürgerliches Recht. Ein systematisches Repetitorium", zuletzt fortgeführt von *Barbara Grunewald* (9. Aufl., München 2014). – Ich muss mich leicht korrigieren: Gernhubers Übersichten sind weitgehend auch Fluss- und Ablaufdiagramme.

78 *Dieter Medicus*, Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 28. Aufl., München 2021 (fortgeführt von Jens Petersen); die erste Auflage erschien im Jahr 1968.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Allerdings könnte es durchaus sein, dass diese Anordnung „nach Anspruchsgrundlagen" diejenigen überfordert, die nicht schon einen Überblick über das Gesamtsystem haben.

c) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (II): Ablaufdiagramme

45 Eine weitere Form der Systematisierung kann durch Ablauf- oder Flussdiagramme erfolgen. Das wohl beste Beispiel dafür liefern die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), sie regeln „Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten". In einfachen Worten lautet das Problem, das sie lösen, wie folgt:

Wenn eine Behörde eine Entscheidung getroffen hat, dann soll sich der Bürger darauf verlassen können. Es soll aber auch die Behörde nach einiger Zeit den Rücken frei bekommen, um sich anderen Dingen zu widmen. Deshalb werden die sogenannten Verwaltungsakte[79] nach einem Monat „unanfechtbar" (was sich freilich erst aus einer Zusammenschau der §§ 42 Abs. 1, 68 Abs. 1, 70 Abs. 1 und 74 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO[80] – ergibt). Für den Bürger ist dann der Zug abgefahren: Wer sich nicht wehrt (z.B. dagegen, dass ihm kein Wohngeld gewährt wird), lebt verkehrt.

46 Wie aber, wenn die Behörde selbst merkt, dass sie sich geirrt hat? Dann muss man offenbar *in erster Linie* unterscheiden: Hat sie wegen dieses Irrtums eine rechtswidrige Entscheidung getroffen? Dann sollte sie dies grundsätzlich revidieren dürfen (Rechtsstaatsprinzip!) – **es sei denn**, der Bürger hat guten Glaubens darauf vertraut, dass er sein Häusle bauen durfte (zur Baugenehmigung z.B. § 70 Abs. 1 LBauO M-V[81]) oder dass er „sein BAföG" (= Geldleistung nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz) behalten darf. War die Entscheidung hingegen ursprünglich rechtmäßig, dann sollte sie grundsätzlich bestehen bleiben – **es sei denn**, der Bürger hat sich, zum Beispiel, die Subvention erschlichen. Man sieht: Es geht *in zweiter Linie* auch darum („es sei denn"), ob es sich um einen „begünstigenden Verwaltungsakt" handelt (§ 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) oder nicht. Je nachdem sind die Voraussetzungen, unter denen die Behörde den rechtswidrigen Verwaltungsakt *zurücknehmen* (§ 48 VwVfG) oder den rechtmäßigen Verwaltungsakt *widerrufen* darf (§ 49 VwVfG), mal strenger, mal weniger streng.

47 Man sieht zudem recht deutlich: Die Sache ist komplex, aber auch logisch geordnet. Deshalb kann man sie, ähnlich dem *arbor Porphyrii*, als ein Ablaufdiagramm darstellen[82] (von links ausgehend die Ausdifferenzierung der Tatbestände, ganz rechts außen die Rechtsfolgen):

79 Zum Begriff schon oben Rn. 8 mit Fn. 8 (Gesetzestext) und weiter unten Rn. 87 f.

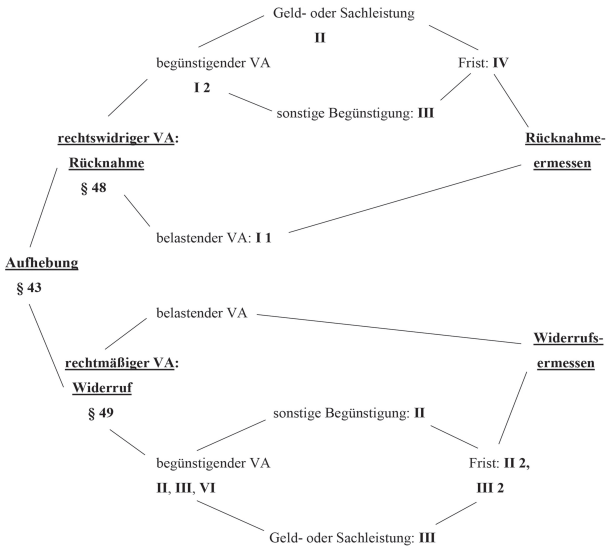
80 Die VwGO regelt das oder genauer: *die* Verfahren in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

81 Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern; Wortlaut: „Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind." – Der Relativsatz bereitet gelegentlich Schwierigkeiten.

82 Meine Mitschrift des Tafelbildes von *Udo Steiner* (Vorlesung Verwaltungsrecht 1978/79 in Bielefeld).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten



Mit diesem System vor Augen fällt es nicht schwer, den folgenden Fall einzuordnen: 48

> Student A hat zu viel BAföG erhalten, weil der Sachbearbeiter B sich verrechnet hat. A hat sich deshalb eine kleine Urlaubreise leisten können, von dem Geld ist also nichts mehr übrig. Kann die BAföG-Behörde den Bewilligungsbescheid rückwirkend kürzen?

Die Antwort lautet: Klarer Fall – nein. Zwar kann ein Verwaltungsakt, soweit er rechtswidrig ist, auch mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden (§ 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). Ein begünstigender Verwaltungsakt, der Geld gewährt, *darf* jedoch *nicht* zurückgenommen werden, soweit[83] der Begünstigte – hier A – erstens auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat und dieses Vertrauen zweitens schutzwürdig war, was (a) der Fall ist, wenn das Geld verbraucht wurde (§ 48 Abs. 2 Sätze 1 und 2 VwVfG), freilich (b) nicht der Fall ist, wenn A wusste, das B sich verrechnet hat (zu allem § 48 Abs. 2 Sätze 1 bis 3 VwVfG). Und weil zu dieser letzten Variante „im Sachverhalt nichts steht", kann (b) ausgeschlossen werden.

Man wird zugeben müssen: Auch all dies ist „durch und durch logisch" (dies ist ja die erste Hauptthese der NJML). Man muss freilich auch zugeben: Im Verwaltungsrecht (und überhaupt im Recht) sind die Gesetze nicht immer *so* logisch – „logisch" im Sinn von „übersichtlich" und von „klar zuendegedacht". 49

> Bereits erwähnt wurde eingangs: Das Tatbestandmerkmal „unanfechtbar", das in § 48 und § 49 VwVfG wie selbstverständlich vorausgesetzt wird, muss man sich erst aus

83 Für Jurastudenten: Das „soweit" (nicht „wenn"!) ist auch in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (Begründetheit der Anfechtungsklage) ein wichtiges Wort!

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mehreren Paragraphen eines anderen Gesetzes zusammenklauben (§§ 42 Abs. 1, 68 Abs. 1, 70 Abs. 1, 74 VwGO).

Zudem gibt es auch zum Thema „Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten" Streitfragen, bei denen die Auslegung des Gesetzes umstritten ist. Was genau meint § 48 Abs. 4 VwVfG mit dem „Zeitpunkt der Kenntnisnahme", also dem Zeitpunkt, an dem die Behörde bemerkt (oder bemerken muss?), dass sie einen Fehler gemacht hat – von da an läuft die Rücknahmefrist von einem Jahr?[84] Und was genau regelt § 50 VwVfG, der gewiss nicht aus sich heraus verständlich ist und noch dazu eine recht irreführende Überschrift trägt? Es geht nämlich nicht so sehr um Rücknahme und Widerruf „im Rechtsbehelfsverfahren", sondern um Rücknahme und Widerruf *nach Anfechtung durch Dritte* (die ebenfalls Vertrauensschutz verdienen).[85] Dies sind Denksportaufgaben,[86] mit denen man Juristen im Staatsexamen (und sonstigen Prüfungen) gern konfrontiert.

d) Das passende Gesetz/die passende Vorschrift (III): Allgemeines

50 Es dürfte klar geworden sein: Das auf einen Rechtsfall passende Gesetz zu finden, setzt voraus, dass man sich mit den Gesetzen auskennt, dass man vor allem ihre Struktur im Großen und im Kleinen durchschaut. Das ist in der Tat banal, es setzt aber zugleich etwas nicht-Banales voraus: Gesetze von hinreichender – und das heißt: logisch klarer – Qualität. Dass die heutige Gesetzgebung dieser Anforderung immer genügt, kann man bezweifeln.

Jüngstes Beispiel: das Bundeswahlgesetz 2020. Ob dieses Gesetz den Grundsätzen von Bestimmtheit und Klarheit noch genügte, war und blieb unter den acht Richtern des Zweiten Senats des BVerfG umstritten. Drei von ihnen, darunter die Vizepräsidentin Doris König, hielten das Gebot der Klarheit für verletzt: Das Gesetz „mutet den Wahlberechtigten im Ergebnis eine Wahrnehmung ihres fundamentalen Rechts auf demokratische Selbstbestimmung ‚im Blindflug' zu."[87] – Zum BWahlG 2023 siehe Rn. 73.

51 Im Übrigen gibt es zu dem Thema „das passende Gesetz finden" eine Reihe banaler Faustregeln. Die bekannteste lautet: Man lese stets nicht nur den Paragraphen bzw.

---

84 Dazu statt vieler *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 70), § 11 Rn. 40–45; *Annette Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht (mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht), 11. Aufl., Baden-Baden 2023, § 16 Rn. 20–23.

85 Siehe etwa *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 70), § 11 Rn. 95–97; knapper *Guckelberger* (Fn. 84), § 16 Rn. 31–32. Eingehend zu dieser vielschichtigen Vorschrift *Joachim Lege*, Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten nach Drittanfechtung. Auslegung, Änderung oder Streichung des § 50 VwVfG?, in: Siegfried Reich (Hrsg.), Festschrift zum 100-jährigen Jubiläum des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts, München 2002, S. 359–384.

86 An dieser Stelle darf der Hinweis auf die berühmte **Denksport-Entscheidung** des Österreichische Verfassungsgerichtshofs nicht fehlen. Wenn der Befund lautet: „Nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben kann überhaupt verstanden werden, welche Anordnungen hier getroffen werden sollen" – dann ist das Gesetz verfassungswidrig und schon aus diesem Grund aufzuheben (VerfSlg Nr. 12420, Erkenntnis vom 29.06.1990, S. 776 – Arbeitslosenversicherungsgesetz).

87 BVerfGE 168, 71 – Bundeswahlgesetz 2020 (2023), Sondervotum Rn. 1 (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite). – S. auch, weil noch jünger, die Entscheidung vom 30.07.2024 zum Bundeswahlgesetz 2023 (Aktenzeichen 2 BvF 1/23 etc.).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Artikel, der auf den ersten Blick einschlägig erscheint, sondern immer auch einen Paragraphen bzw. Artikel davor und einen dahinter. Es könnte sich dort eine Ausnahme oder eine Begriffsbestimmung oder irgend etwas anderes verbergen, das die erste Vorschrift in ein neues Licht rückt.

Weitere Faustregeln sind etwa, sich den Inhalt des Gesetzes vom Inhaltsverzeichnis her erschließen oder sich die Strukturen der Texte durch sparsames Unterstreichen klar zu machen. Der schon erwähnte Otto Lagodny hat diese *basics* sehr schön (und erfreulich kritisch) zusammengestellt.[88] Das einzige, was man ihm, dem Strafrechtler, aus Sicht des Öffentlichrechtlers entgegenhalten muss: Im Öffentlichen Recht steht keineswegs „fast alles im Gesetz".[89]

2. Präjudizien

Das Oberthema dieses § 14 der NJML lautet: *Regeln* („Rechtssätze") finden. Insofern haben wir uns bis jetzt mit Gesetzen beschäftigt, weil die bundesdeutsche Rechtsordnung auf diesem Regelungsmodell beruht. Oder sollte man ehrlich sagen: worauf sie *scheinbar* beruht? In Wahrheit dominiert nämlich ganz eindeutig und immer mehr die Rechtsprechung die Szene. Eben deshalb müssen wir einen genauen und kritischen Blick auf Präjudizien werfen, also bereits ergangene Gerichtsentscheidungen. 52

Und wir werden konstatieren müssen, dass in Deutschland häufig schlechtes Fallrecht betrieben wird. Einen besonders eklatanten Fall haben wir schon geschildert: die Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH bei der Blockade von Straßen (§ 10 Rn. 28). Hier hat sich der BGH „nicht wirklich" (extensional[90]) mit den zu Grunde liegenden Fällen beschäftigt – einerseits eine friedliche Blockade der Zufahrt zu einem Munitionslager im Rahmen einer Demonstration,[91] andererseits die mit Gewalttätigkeiten verbundene Spontanblockade einer Autobahn aus Trotz.[92] Stattdessen wurde intensional, also auf der Ebene der Definitionen, geradezu haarspalterisch argumentiert, wie viel Kraftentfaltung durch wen wie viel psychische Zwangswirkung bei wem bewirkt.

a) Fallrechtssysteme (*case law*): Präjudizien mit Bindungswirkung (*stare decisis)*

Die Bedeutung von Präjudizien hängt, wie wir schon erwähnt haben, davon ab, ob sie in ihrem Rechtssystem *selbst* als allgemein verbindliche autoritative Texte gelten („Rechtsquellen") oder nur als *Interpretation* der eigentlich verbindlichen Texte, sprich der Gesetze oder auch der (insbesondere völkerrechtlichen) Verträge („Rechtserkenntnisquellen"). 53

88 *Otto Lagodny*, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl., Heidelberg u.a. 2012.

89 Dies gilt besonders für die Grundrechtsdogmatik: Dort muss man zu den einzelnen Grundrechten schon recht viel an Drumherum wissen (zur Dreistufentheorie bereits § 10 Rn. 18–20). Vor allem aber steht *ein* Grundsatz, auf den im Öffentlichen Recht nach verbreiteter Ansicht *alles* hinausläuft, jedenfalls nicht im Grundgesetz: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

90 Zu Intension und Extension schon § 9 Rn. 20–23.

91 BVerfGE 92, 1 – Sitzblockaden II (1995).

92 BGHSt 41, 182 – Autobahnblockade (1995) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen Band, Seite.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In echten Fallrechtssystemen – wie dem anglo-amerikanischen *Common Law*[93] – haben Präjudizien diese allgemeine Verbindlichkeit.

Die Meta-Regel, aus der dies folgt, ist der Grundsatz des *stare decisis* (eigentlich Latein, trotzdem englisch ausgesprochen), wörtlich: zu den Entscheidungen stehen.

54 Für einen Rechtsfall eine Regel finden, die als Grund für neue Entscheidungen taugt, heißt also nichts anderes als: ein passendes Präjudiz suchen. Ein Präjudiz also, dessen *ratio decidendi* (= Grund der Entscheidung) auch für diesen Fall ein Ergebnis liefert. Wie und wo aber soll man suchen? Es ist klar, dass auch hier nicht die schlichte Zahl der Entscheidungen, die man kennt, ausreichen kann. Vielmehr bilden sich auch in Fallrechtssystemen sogenannte *leading cases* heraus, die zu bestimmten Themen bahnbrechend wirken.

Man denke erneut an *Marbury versus Madison* und aktuell an *Roe versus Wade*, das ist die Entscheidung zur Abtreibung, die von Supreme Court gerade *overruled* wurde.[94]

Der wohl berühmteste Aufsatz der amerikanischen Rechtskultur stammt von Oliver Wendell Holmes jr., er trägt den Titel „The Path oft the Law". Aus ihm stammt die schon zitierte Definition „*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.* "[95] – Ob Holmes dabei an die Hobbesschen Propheten gedacht hat (s.o. Rn. 41)? Erwähnenswert auf jeden Fall, dass Holmes und Charles Sanders Peirce[96] sich gekannt haben: Beide waren Mitglieder eines legendären, sich selbstironisch so bezeichnenden „Metaphysical Club" in Harvard.

Nebenbei: „Pfadabhängigkeit" ist offenbar in der Politik- und Wirtschaftswissenschaft ein gängiger Topos.[97] Und er ist jedenfalls anschaulicher als „Kontingenz".[98]

55 Diese *leading cases* werden dann – vor allem für den akademischen Unterricht – von Juristen systematisiert und in *case books* zusammengefasst – meist gekürzt, aber doch so, dass man lernt, die *ratio decidendi* von den *obiter dicta* (nebenbei Gesagtem) zu trennen.

Siehe zum Umgang mit Präjudizien im *case law* – Stichworte *distinguishing* und *overruling* – schon oben § 11 Rn. 21–22.

b) Präjudizien ohne Bindungswirkung (in Gesetzesrechtssystemen)

56 Auf den ersten Blick leichter ist es in „Gesetzesrechtssystemen". Dort ist Recht nur das, „was im Gesetz steht", anders gewendet: „Der Gesetzgeber" hat ein Rechtsetzungs-

93 Maßgebliche Darstellung: *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, München 2019.

94 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); aufgehoben durch *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

95 *Oliver Wendell Holmes jr.,* The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991–1009 (994).

96 Zu ihm *Lege*, Pragmatismus (Fn. 6).

97 Siehe etwa aus Sicht der Ökonomie *Rolf Ackermann*, Pfadabhängigkeit, Institutionen und Regelreform, Tübingen 2001; aus Sicht des Rechts jetzt *Nico Schröter*, Pfadabhängigkeit und Recht, Tübingen 2024.

98 Kontingenz ist die Mischung aus Zufall und Notwendigkeit, die sich geschichtlich ergibt.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

monopol. Gerichtsentscheidungen sind lediglich – in den berühmten Worten Montesquieus – der „Mund, der die Worte des Gesetzes [im Einzelfall] ausspricht" (*la bouche qui prononce les mots de la loi*).[99]

> Dass dies so radikal nicht stimmen kann, zeigt sich schon dann, wenn das Gesetz mehrere Auslegungsmöglichkeiten eröffnet und das Gericht – für diesen Fall – eine davon als die „richtige" auswählt (und darauf seine Entscheidung gründet). Dann verbietet das Gericht dem Gesetzgeber offenbar im Hinblick auf die weiteren Varianten den Mund. Und es setzt zugleich zumindest für sich selbst eine Regel, nach der es künftig entscheiden will.[100]

Es dürfte daher kaum zu bestreiten sein: Auch Gerichtsurteile sind autoritative Rechtstexte – die Frage ist nur, wie weit hier die Autorität (*auctoritas*, also Urheberschaft!) zur Rechtsproduktion reicht. Und die Antwort ist leicht: Gerichtsentscheidungen sind nur insoweit *autoritative* Rechtstexte, als das Gericht befugt ist, Recht zu produzieren – also lediglich im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien (auf Latein: *inter partes*). Kurz: 57

> Nur der Tenor der Entscheidung (oben I 2) ist ein autoritativer Text!

Alles, was darüber hinaus in den Leitsätzen und in der Begründung der Entscheidung steht, ganz gleich ob *obiter dictum* („nebenbei Gesagtes") oder *ratio decidendi* (tragender „Grund der Entscheidung")[101] – all dies ist, so hart es klingt, jenseits der Parteien *kein autoritativer Rechtstext*. Es wirkt nicht, anders als ein Gesetz, rechtlich-autoritativ *erga omnes* (gegenüber allen). 58

> Es sei denn, um es zu wiederholen, die Rechtsordnung sieht dies in einzelnen Fällen vor. So haben manche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) Gesetzeskraft,[102] und die Oberverwaltungsgerichte können Rechtsverordnungen und Satzungen[103] (s.o. Rn. 36–39) für „unwirksam" – allen gegenüber – erklären (§ 47 Abs. 5 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung).

Ist es dann aber legitim, dass wir uns als Juristen derart intensiv mit der Rechtsprechung beschäftigen? Und zwar sowohl mit ihren Ergebnissen als auch mit deren Begründung? Nun, es gibt dafür gute Gründe, teils idealistische (aa), teils pragmatische (bb). Auf keinen Fall darf man aber Gerichtstexte so interpretieren, als wären sie selbst das Gesetz (cc). 59

aa) Die idealistische Autorität aufgrund Vernunft („Richtigkeit")

Was die idealistische Bindung an Präjudizien angeht, so kann man in gewisser Weise Habermas gegen Habermas ausspielen: *Das Recht* – und gerade nicht die Demokra- 60

99 *Montesquieu*, De l'Esprit des Lois (Fn. 17), Buch 11 Kapitel 6.

100 Zum Keim der Verallgemeinerung, der hinter jeder Überzeugung steht, siehe § 6 Rn. 3 und 12; ferner § 11 Rn. 14.

101 So auch *Mehrdad Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, Tübingen 2017, S. 463–465.

102 Siehe schon bei und in Fn. 39.

103 … der Vollständigkeit halber: die im Rang unter dem Landesgesetz stehen. Die Straßenverkehrsordnung, als Bundesrecht, steht darüber!

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tie[104] – ist der Ort, wo eine Gesellschaft *deliberativ* – also argumentativ erwägend[105] – darüber entscheidet (oder entscheiden lässt), was normativ für alle verbindlich, *weil richtig* sein soll.[106] Demnach beruht die *idealistische* Autorität[107] und damit Verbindlichkeit von Präjudizien ganz allein darauf, dass sie den Anspruch auf „Richtigkeit" erheben. Anders gewendet: Wenn sie *wirklich* richtig sind, dann *würden* sie mit ihren Begründungen alle vernünftigen Menschen überzeugen.[108]

Zur Konvergenztheorie der Wahrheit schon § 5 Rn. 71–74.

61 Damit zeigt sich aber auch: Argumente der Rechtsprechung haben nicht schon deshalb einen erhöhten Anspruch auf Richtigkeit, weil sie aus der Rechtsprechung stammen. Sie wiegen vor der Vernunft nicht schwerer als die Argumente eines jeden anderen Interpreten des Rechts (genauer: der wirklich *rechtlich* autoritativen Rechtssätze).

Sogar die Argumente von Laien!

bb) Die pragmatische Autorität aufgrund von Macht (Ökonomie)

62 Hinter der Konvergenztheorie der Wahrheit bzw. Richtigkeit steht, wie wir schon gesagt haben, ein großer Konjunktiv: Wir *würden* uns, wenn wir lange genug nachdächten und alle nötigen Informationen hätten (wie der Richter Hercules, § 5 Rn. 72–74) auf das Richtige einigen. Allerdings kann man nicht ewig diskutieren, und deshalb ist im Alltag ein Ersatz für Richtigkeit immer etwas, das man *Macht* nennt – also die Chance, seinen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, „gleichviel worauf diese Chance beruht".[109] Daher ist denn auch die schon genannte „präsumtive Verbindlichkeit" von Präjudizien in Nicht-Fallrechts-Systemen (oben II 1 b) letztlich ein Zugeständnis an die Macht – die Macht der höheren Instanz. Kein Rechtsanwalt, der seinem Mandanten wohl will, wird ihm raten, in einem Rechtsstreit gegen eine, wie beide meinen, krottenfalsche,[110] aber seit Jahren gefestigte Rechtsprechung anzugehen.

Also etwa im (fiktiven) Fall der Trierer Weinversteigerung[111] bis zum Bundesgerichtshof zu prozessieren, weil das Winken mit der Hand nun wirklich nicht als Gebot für

104 So aber *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992, 4. Aufl. 1994, Kapitel VII.

105 Lateinisch *deliberare* = erwägen, überlegen, beraten.

106 Demgegenüber ist die Demokratie, wie Bernd Rüthers gesagt hat, geradezu „Ersatz für Wahrheit" oder „Richtigkeit". Eben deshalb entscheidet in der Demokratie die *Macht*, und zwar die Macht der Mehrheit. Dass diese Mehrheit *irren*, sogar schwer irren kann – das ist für vernünftige Menschen das einzig Erträgliche an dieser Idee.

107 Ein Versuch, Autorität als Rechtsbegriff zu etablieren: *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 101), S. 142–150.

108 Der Indikativ wäre eine Illusion. Oder Ideologie? Ideologie wäre es jedenfalls dann, wenn man daraus, dass es eine allgemeine Meinung gibt, schlussfolgert, dass diese Meinung richtig ist.

109 Klassische Definition: *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, Kapitel I § 16.

110 Es muss wirklich „krottenfalsch" heißen, nicht etwa, wie der Duden angibt, „grottenfalsch". Das Wort kommt aus dem Schwäbischen und bezieht sich auf Kröten („Krotten"). Überzeugend: *Hans Martin Gauger*, Grottenfalsch ist krottenfalsch, auf der Website der Deutschen Akademie für Sprache und Dichtung, November 2010, https://www.deutscheakademie.de/de/aktivitaeten/projekte/sprachkritik/2010-11-15/grottenfalsch-ist-krottenfalsch <21.05.2024>.

111 Siehe schon § 10 Rn. 9; die Rechtsprechung hält auch eine Erklärung, die ohne Erklärungsbewusstsein abgegeben wurde, für rechtlich verbindlich (man kann sagen: für einen rechtlich-autoritativen

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Fass Riesling-Hochgewächs gemeint war – so dass man dieses Fass auch nicht abnehmen und bezahlen müsse.

Ganz ebenso wird ein wohlmeinender Amtsrichter nicht von der Judikatur der höheren Instanz abweichen, wenn er damit „seinen Sieger" nur in eine verlorene Schlacht vor dem höheren Gericht schickt. Und dies auch dann nicht, wenn er die Rechtsprechung dieses Gerichts für ziemlich falsch hält. 63

Anders nur, wenn er die Rechtsprechung der höheren Instanz für unerträglich hält oder wenn die Partei „koste es was es wolle" um ihr Recht kämpfen will.

Denn natürlich ist ein Prozess auch immer eine Frage des Geldes.

Bedauernswerterweise ist daher der Planfeststellungsbeschluss für das Bahnprojekt „Stuttgart 21" nicht bis in die letzte Instanz – es wäre das Bundesverwaltungsgericht gewesen – angegriffen worden. So ist denn die Auffassung des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofs, dass die finanziellen Kosten des Projekts rechtlich keine Rolle spielen, unüberprüft geblieben.[112]

cc) Die rechtliche Autorität: Methodologische Folgerungen

Wenn man davon ausgeht, 64

- dass das Recht kein „reines Recht" in dem Sinne ist, dass es ganz allein für sich die *auctoritas* schafft, mit der man Recht zu fabrizieren in der Lage ist (selbst Kelsens Grundnorm setzt eine Verfassung voraus, die eine „im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung" erzeugt[113] – Stichwort „Macht"),

wenn man ferner in Anlehnung an Böckenförde[114] davon ausgeht,

- dass auch das Recht von Voraussetzungen lebt, die es nicht selbst garantieren kann (Stichwort „Vernunft"; oder wem das zu hoch hängt: „Akzeptanz"),

dann ergeben sich, was den Umgang mit Präjudizien in Gesetzesrechtssystemen angeht, zwei Folgerungen für eine zugleich kritisch-rationale und *down-to-earth*-realistische Methode:

(1) Man kommt an Präjudizien nicht vorbei („Berücksichtigungspflicht")

Präjudizien sind im rechtlichen Deliberationskontext – ein höchst komplexer Sinnzusammenhang (§ 5 Rn. 40–59) – aus idealistischen und pragmatischen Gründen von Gewicht. Wir können aus ihnen lernen, wir dürfen sie auch kritisieren, aber sie haben nun einmal Macht. Daraus folgt, dass man sie bei einer seriösen Rechtsberatung oder 65

Text), wenn die Gegenseite nach den Umständen davon ausgehen durfte – wie bei einer Versteigerung, wo jeder weiß, was Handaufheben bedeutet.

112 Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim, in: Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBlBW) 2007, 143, Leitsatz 4.

113 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 6), S. 203 f.

114 „*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.* Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist." Dazu bereits § 5 II Rn. 54 mit Fn. 119.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Urteilsfindung nicht außer Acht lassen darf. Oder positiv formuliert: Es besteht eine Berücksichtigungspflicht, die man weiter ausdifferenzieren kann in

(a) die Pflicht zur Kenntnisnahme,
(b) die Pflicht zur argumentativen Auseinandersetzung und
(c) die Pflicht zur grundsätzlichen Befolgung und zur Begründung von Abweichungen.[115]

Allerdings sollte man diese Pflicht nicht, wie es heute Mode ist, gleich im Verfassungsrecht verankern.[116] (Siehe zur Überstrapazierung des Verfassungsrechts auch § 15a Rn. 84 – Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen, § 23 Rn. 8 – Gelenkbolzenschellen.)

66 Dass es auch einfach-rechtlich geht, zeigt sich im Zivilrecht: Dort gehört – so die Rechtsprechung! – zu den Berufspflichten des Anwalts aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag mit dem Mandanten (§ 675 BGB; siehe auch § 3 Abs. 1 und 43 BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung) die Berücksichtigung (!) zumindest der höchstrichterlichen Rechtsprechung.[117] Und der Anwalt haftet für einen Schaden (= verlorenen Prozess), wenn er diese Pflicht[118] verletzt.

Daher sollte auch die Pflicht der Richter, Präjudizen zu berücksichtigen, ganz zwanglos aus dem einfachen Recht folgen können, hier: aus ihrer Amtspflicht als Beamte (§ 33 ff. BeamtStG – Beamtenstatusgesetz – und, für Bundesrichter, §§ 60 ff. BBG – Bundesbeamtengesetz –, siehe auch den Richtereid in § 38 DRiG – Deutsches Richtergesetz). Dass die Richter – genauer: ihre Dienstherren[119] – für eine Verletzung dieser Pflicht nur bei Rechtsbeugung haften (§ 839 Abs. 2 BGB), ist eine andere Frage.

67 Allerdings hat es in der Anwaltschaft mit Recht für Verbitterung gesorgt,[120] dass nun die Anwälte (!) für rechtliche Fehler des Gerichts haften sollen: Es gehöre, sagt der BGH, zur Pflicht des Anwalts, „das Rechtsdickicht zu lichten", und dieser Pflicht sei er auch „nicht wegen der dem Gericht obliegenden Rechtsprüfung (‚iura novit curia'[121]) enthoben".[122] Noch eins drauf: „Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern

115 So jetzt ausdifferenziert von *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 101), S. 259–262.

116 So auch *Wolfgang Durner*, Rezension des Werkes von Payandeh, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2018, 567–569.

117 So wohl am klarsten formuliert von BGH NJW 1983, 1665, Leitsatz 1: „Ein Rechtsanwalt (…) beachtet nur dann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn er die veröffentlichte höchstrichterliche Rechtsprechung (…) berücksichtigt." Zusammenfassend BGHZ 178, 258 Rn. 9 – Verfassungswidrigkeit von Steuergesetzen (2008) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite) – mit der weiteren Präzisierung, dass „entgegenstehende Judikatur von Instanzgerichten und vereinzelte Stimmen im Schrifttum … regelmäßig nicht … zu berücksichtigen" sind.

118 Details: *Detlev Fischer* in: BeckOnline-Kommentar zum BGB (BeckOK BGB), § 675 Rn. 20 <18.10.2024>.

119 Denn die Amtshaftung nach § 839 BGB wird gemäß Art. 34 GG auf den Staat übergeleitet (ebenso schon Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung).

120 *Brigitte Borgmann*, in: NJW 2016, 959 (Anmerkung zu dem in Fn. 122 zitierten Urteil); zuvor auch schon *Volker Römermann*, Achtung Anwaltshaftung! in: NJW 2009, 2924–2927: „Für die Berufswahl angehender Juristen sollte bedacht werden: Wer zu schlampiger Arbeitsweise tendiert, sollte jedenfalls kein Anwalt werden."

121 Übersetzung: Das Gericht kennt das Recht – mit Akzent auf Gericht.

122 So durchaus skandalös BGH NJW 2016, 957 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken."[123] Kurz: „Für Fehler der Gerichte haften die Anwälte, die sie nicht verhindert haben."[124]

Das BVerfG hat eine solche Haltung früher einmal wie folgt kommentiert: „Auch als ‚Organ der Rechtspflege' [Anspielung auf § 1 BRAO, J.L.] haften die Rechtsanwälte nicht ersatzweise für Fehler der Rechtsprechung, nur weil sie haftpflichtversichert sind."[125] Ein späterer, durchaus skandalöser Kammerbeschluss des Gerichts hat den Anwälten dann aber ungerührt den Schwarzen Peter zugeschoben.[126]

(2) Präjudizien sind nicht das Gesetz („kontextualisieren statt kritiklos subsumieren")

Die zweite methodologische Folgerung beruht darauf, dass Präjudizien nun einmal nicht das Gesetz sind, also – mit Ausnahme des Tenors – kein rechtlich autoritativer Text. Daraus folgt vor allem, dass sie keine Regeln enthalten, unter die man automatisch „subsumieren" dürfte. Vielmehr muss man sich stets klar machen, in welchem Kontext – tatsächlich und rechtlich – die Aussagen getätigt wurden und ob dieser Kontext mit dem des jetzt zu entscheidenden Falls vergleichbar ist. Kurz: Es gilt für den Umgang mit Präjudizien ein Kontextualisierungsgebot[127] („kontextualisieren statt kritiklos subsumieren"). 68

Insbesondere darf man sich nicht aus den abstrakten Aussagen in Leitsätzen und Entscheidungsgründen[128] ein paar Formulierungen herauspicken, ohne sich mit den Fällen, zu denen sie „gedichtet" wurden, auseinanderzusetzen. Nur dann lässt sich seriös sagen, wie tragfähig die Aussagen sind. Aus diesem Grund ist es auch weiterhin wichtig, zwischen *obiter dicta* und der *ratio decidendi* zu unterscheiden.[129]

Ein Beispiel für die Tendenz, Präjudizien wie Gesetze zu behandeln, war die intensional überfrachtete Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts zum „Eingriffs-

123 BGH NJW 2016, 957 Rn. 7; Anmerkung von *Brigitte Borgmann*, in: NJW 2016, 959: „In Vorträgen zur Anwaltshaftung sorgt dieser Ausspruch immer wieder für Heiterkeit unter den anwaltlichen Teilnehmern."

124 *Gerald Mäsch*, in: JuS 2016, 457–459 (458) – Anmerkung zum in Fn. 123 zitierten Urteil.

125 BVerfG NJW 2002, 2937 (Kammerbeschluss).

126 BVerfG NJW 2009, 2945 (Kammerbeschluss) – Übersehene BGH-Rechtsprechung. Skandalös, weil erstens alles, was zur Haftung des Anwalts inhaltlich ausgeführt wird, überflüssig ist – denn es wurde schon verneint, dass überhaupt der Schutzbereich eines Grundrechts betroffen ist (und nur dazu *darf* das Gericht etwas sagen). Skandalös zweitens, weil sich dem ersten Kammerbeschluss nicht entnehmen lasse, „dass die haftungsrechtliche Verantwortung von Verfassungs wegen ausschließlich den Gerichten übertragen sein soll" – und dies, nachdem ein, zwei Absätze zuvor festgestellt wurde, dass die Gerichte – April, April – wegen § 839 Abs. 2 BGB von der Haftung befreit sind.

127 Insoweit bin ich ganz auf einer Linie mit *Oliver Lepsius*, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Juristenzeitung (JZ) 2019, S. 793–802. Zu seiner damit zusammenhängenden Kritik an der „maßstabsetzenden Gewalt" des Bundesverfassungsgerichts siehe unten § 15a Rn. 42; dort nenne ich das Vorgehen des BVerfG Patchwork-Dogmatik.

128 Zu den sog. „Obersätzen" der oberen und obersten Gerichte siehe – sehr kritisch – unten § 34 Rn. 56-62.

129 Auch *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Rn. 101), würde das wohl nicht bestreiten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

begriff" (gezielt/ungezielt, rechtlich/faktisch, mittelbar/unmittelbar). Das BVerfG hat dem zu Recht entgegengehalten, dass der Begriff „Eingriff" kein Gesetzesbegriff ist.[130]

69 Ganz praktisch muss schließlich für die Bewertung von Studien- und Prüfungsleistungen, insbesondere von Klausuren gelten: Was mit dem Gesetzestext vereinbar ist, darf nicht als falsch bewertet werden – auch wenn die Rechtsprechung seit Jahrzehnten *contra legem* (gegen das Gesetz) judiziert (z.B. bei der Auslegung des § 35 Abs. 2 BauGB[131]). Und es sollte auch weniger ein Herunterbeten von Rechtsprechungsdetails honoriert werden als eine konsistente Begründung nahe am Gesetz (oder Vertrag) – als dem wirklich *autoritativen* Text – und am konkreten Fall.

(3) Die juristische Autorität: Balance von Vernunft und Macht

70 Die bisherigen Überlegungen dürften gezeigt haben: Das, was man in Präjudizien findet, taugt als Rechtsregel – und wo man **Regeln** finden soll, ist ja Thema dieses § 14 der NJML – nur unter Vorbehalt. Die Geltung des Präjudizierten beruht, pointiert gesagt, nicht auf dem Recht, sondern auf einem Mix von Vernunft und Macht, man kann auch sagen: aus einem Mix von (Rechts-)Wissenschaft und (Rechts-)Politik. Um hier **juristische** Autorität zu gewinnen, muss man beachten:

71 Ob und wie weit man als Jurist einem Präjudiz folgt, hängt stark von der Stellung im Rechtssystem ab. Als **Anwalt** hat man es leicht, wenn man ein günstiges Präjudiz gefunden hat – da ist der Prozess schon so gut wie gewonnen, und man sollte sich über die Richtigkeit des Präjudizes keine weiteren Gedanken machen. Es sei denn, natürlich, die Gegenseite fährt entweder ein konträres Präjudiz auf (das ist gar nicht so schwer: je mehr an Text die Gerichte produzieren, desto eher findet jeder etwas Passendes[132]). Oder sie greift „unser" Präjudiz scharfsinnig an – dann müssen wir nachlegen (am besten, indem wir die Präjudizien kontextualisieren). Für beide Seiten kann man sagen: Je unstreitiger das Präjudiz, desto mehr Aufwand muss man betreiben, um es aus der Welt zu schaffen. Bei manchen Präjudizien wäre dies sogar – Stichwort Macht – so gut wie aussichtlos.

Niemand sollte sich die Mühe machen, die fundamentalen Entscheidungen des BVerfG (Elfes, Lüth, Apothekenurteil, Nassauskiesung) als „falsch" zu entlarven. Sehr wohl darf man sie aber kontextualisieren[133] – und damit dann etwa begründen, dass sie auf diesen jetzigen Fall nun wirklich nicht passen …

130 BVerfGE 105, 279 (300) – Osho-Sekte (2002): „Das Grundgesetz hat den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben." Inkonsequent allerdings, dass eine Entscheidung vom gleichen Tag – BVerfGE 105, 252 (273) – Glykolwein (2002) – als schlagendes Argument vorbringt: „Eingriffsqualität (!) kommt der Listenveröffentlichung nicht zu. Die Regierung hat die rechtlichen Grenzen des Informationshandelns gewahrt." Die Kontextualisierung ergibt mithin: Sie machen es, wie sie grad wollen.

131 Die Vorschrift lautet: „Sonstige Vorhaben können im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist." Die Rechtsprechung interpretiert das „können" nach wie vor als ein „müssen".

132 Das ist so wie mit der Bibel.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Was die **Richterschaft** angeht, so herrscht sicherlich ein gewisser Korpsgeist: Man legt sich ungern mit den Kollegen an (eine Ausnahme vielleicht: BGH und BVerfG; da gibt es immer wieder Machtspielchen bis hin zum offenen Ungehorsam[134]). Vor allem aber gibt man ungern zu, sich in früheren Entscheidungen geirrt zu haben. Dass ein Gericht seine bisherige Rechtsprechung aufgibt (im *case law* würde man es *overruling* nennen), geschieht daher überaus selten.[135] Im Übrigen gilt auch hier: Je „herrschender" ein Präjudiz ist, desto besser muss die Begründung sein (ratio), wenn man dagegen angeht. 72

Zur Rolle der „herrschenden Meinung" (h.M.) – auch dies ja ein Mix aus Macht und (prätendierter) Vernunft – beiläufig bereits oben § 3 vor Rn. 3, § 5 Fn. 17.

Dass die Rechtsprechung, wenn sie sich erst einmal verrannt hat, nur schwer wieder „aus der Nummer herauskommt", zeigt aktuell die Rechtsprechung des BVerfG betreffend das Wahlrecht zum Bundestag. Was das Gericht hier in mehreren Anläufen aus dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl herausgequetscht hat (nämlich einen Vorrang der Verhältniswahl vor der Mehrheitswahl) hat angesichts des Mischwahlsystems zu immer neuen Problemen geführt, deren Lösungen wieder neue Probleme generiert haben, so dass heute kaum noch jemand durchblickt.[136] Das Gericht sollte daher den Mut haben zu sagen: Sorry, die Überhangmandate waren nicht verfassungswidrig, und sie wären es auch heute nicht. Und es gibt auch keinen erkenntnistheoretisch haltbaren Satz des Inhalts, dass eine spätere Entscheidung des BVerfG (die die Überhangmandate ab einer bestimmten Menge für verfassungswidrig erklärt hat[137]) zwangsläufig klüger war als eine frühere (in der die Überhangmandate nicht beanstandet wurden[138]). 73

Aktualisierung: Mittlerweile hat das BVerfG ein neues Bundeswahlgesetz von 2023 im Wesentlichen „durchgewunken".[139] Dass einige von dessen Regelungen zumindest kontraintuitiv anmuten – Stichwort Zweitstimmendeckung – sei angemerkt.

Am freiesten kann natürlich die **akademische Rechtswissenschaft** mit Präjudizien umgehen. Sie darf, sofern es methodisch halbwegs „vertretbar" ist (zu dieser Kategorie unten § 33 II), wirklich alles vertreten. (Allerdings macht man sich lächerlich, wenn man *immer* anderer Ansicht ist – Kürzel: „a.A.".) Letztlich muss zwar auch die akademische Rechtswissenschaft eine Balance von Vernunft und Macht finden, eine Balance von wissenschaftlichem Richtigkeitsanspruch und politischem Kompromiss. Aber es 74

133 Schöne Kontextualisierung der Lüth-Entscheidung: *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 159–279 (195): „hochgradig zeitgebundene Entscheidung".

134 Das Beispiel der Zweite-Reihe-Rechtsprechung haben wir erwähnt (§ 10 Rn. 28). Ein weiteres Beispiel ist das Festhalten des BGH am sogenannten „enteignungsgleichen Eingriff" nach der Nassauskiesungsentscheidung des BVerfG, dazu schon *Joachim Lege*, Enteignung und „Enteignung". Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, in: NJW 1990, 864–872 (868 ff.).

135 … und selbst dann wird es lieber als „Abweichung" denn als „Aufgabe" bezeichnet, so BVerfGE 100, 249 – Allgemeine Verwaltungsvorschriften (1999).

136 So zuletzt BVerfGE 168, 71 – Normenkontrolle Bundeswahlgesetz 2020 (2023).

137 BVerfGE 131, 316 – Überhangmandate III (2012).

138 BVerfGE 95, 335 – Überhangmandate II (1997).

139 Urteil vom 30.07.2024, BVerfGE 169, 236.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist geradezu ihre Funktion,[140] letztlich *allein* der Wahrheit verpflichtet zu sein. Oder genauer: rechtlicher Richtigkeit (mehr dazu unten § 30).

Um Missverständnissen vorzubeugen: Natürlich sind auch Anwälte und Gerichte der rechtlichen Richtigkeit verpflichtet. Aber sie müssen sehr viel mehr Rücksicht auf Machtverhältnisse nehmen, wenn sie diese Richtigkeit verwirklichen wollen.

75 Dass der „Balanceakt", den man Juristen – allen Juristen – immer wieder zumutet, letztlich nur mit Hilfe einer juristischen Ästhetik zu bewältigen ist (nicht etwa Ethik!), sei bereits hier verraten (mehr dazu unten §§ 31–34).

Und vielleicht noch etwas, ganz nebenbei, an die Adresse von „Querdenkern" und anderen Besserwissern. Die Frage: Wie weit folge ich dem „eigenen Verstand"[141], und wie weit gehorche ich der Macht (auch wenn ich es besser weiß[142]) – ist nicht nur eine Frage an Juristen. Es ist die staatsbürgerliche, ja menschliche (auch zwischenmenschliche!) Frage schlechthin. Und wer meint, den richtigen Verstand allein gepachtet zu haben,[143] nun ja, der überschätzt sich gewaltig.

dd) Anforderungen an gute Präjudizien

76 Wie man mit Präjudizien umgehen sollte, ist eine geradezu klassische Frage der juristischen Methodenlehre. Seltener wird gefragt, wie denn die Präjudizien selbst aussehen sollten, genauer: welche Anforderungen an ihre Qualität zu stellen sind.

Eine erste Antwort liegt auf der Hand: Präjudizien – und letztlich taugt ja *jede* Entscheidung eines Gerichts zum Präjudiz – sollten nicht mehr an Regeln kreieren, als der Fall erfordert. Simpel gesagt: Sie dürfen nicht mehr entscheiden, als sie müssen. Dies folgt schon aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Es ist oft genug beklagt worden, dass sich die Rechtsprechung in Deutschland nicht wirklich daran hält („Jurisdiktionsstaat").[144]

77 Eine zweite Antwort hängt damit zusammen: Gerichte sollten die Regeln, nach denen sie entscheiden, so präzis und „wertungsfrei" wie möglich formulieren. Wenn nur noch mit Hilfe von Treu und Glauben judiziert wird[145] und man lieber mit verfassungsrechtlichen Großformeln statt mit dem einfachen Recht argumentiert, wird keine Klarheit geschaffen.

78 Dritte Antwort: Eine Rechtsprechung, die sich als „wissenschaftlich" versteht – und das darf und sollte sie! –, hat ihrerseits eine **Berücksichtigungspflicht** im Hinblick auf die weiteren Akteure der Rechtswissenschaft, insbesondere auch die an den Universitäten

---

140 Nämlich im Funktionssystem „Wissenschaft", dessen Code nun einmal lautet: „wahr/unwahr" bzw. „richtig/unrichtig".

141 Natürlich eine Anspielung auf das berühmte Zitat von Immanuel Kant aus dem Aufsatz „Was ist Aufklärung?" (1784): „Habe Muth, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen"; dazu sogleich auch Fn. 143.

142 Früher sagte man: Der Klügere (!) gibt nach. Sagt man das heute noch?

143 Ich denke an eine Querdenkerdemonstration im Jahr 2021, auf der ein einziges Plakat vorangetragen wurde: „Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen (Immanuel Kant)".

144 Das Stichwort „Jurisdiktionsstaat" wird allerdings meist mit Blick auf das Bundesverfassungsgericht verwendet, siehe nur *Shu-Perng Hwang*, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat, Berlin 2005.

145 So mittlerweile offenbar – nach dem Bekunden von Zivilrichtern – auch die Tendenz im Zivilrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tätigen (Universitäten sind, frei nach Luhmann, das *Zentrum* der Wissenschaft, ebenso wie Gerichte das Zentrum des Rechts sind[146]). Die Rechtsprechung muss substantiierte Kritik daher zumindest registrieren und sich im gebotenen Maß mit ihr auseinandersetzen. Wenn Gerichte nur noch Gerichte und unter diesen vornehmlich sich selbst zitieren, dann entsteht, wie man heute sagt, eine „Blase", die sich nach außen abschottet – und deren Autorität dann eben nicht mehr auf Vernunft, sondern nur noch auf Macht beruht.

Sehr fragwürdig daher: In dem BVerfG-Fall „Windenergie-Beteiligungsgesellschaften" konnte die Verfassungsbeschwerde auf mehrere Grundrechte gestützt werden. Das Gericht wies die Beschwerde ab[147] und stützte dabei die Entscheidung auf das am leichtesten beschränkbare Grundrecht: Art. 12 GG (Berufsfreiheit). Die Betroffenheit des viel stärkeren Grundrechts aus Art. 14 GG (Eigentum) wurde sodann sehr windig verneint, und es wurde insbesondere verschwiegen, dass es in der Literatur für die Gegenmeinung eine auf genau diesen Fall bezogene Begründung gab, die keineswegs versteckt publiziert worden war.[148] Seriös war das nicht (siehe auch unten § 34 Rn. 67–69).

Zu meiner Publikation in dieser Sache: Der legendäre Verfassungsrichter Konrad Hesse (1919–2005) sagte vor langer Zeit einmal zu mir: „… und hinterher wissen es wieder alle besser." Gemeint: all die Professoren, nachdem das BVerfG entschieden hat. Ebendeshalb hatte ich den Aufsatz schon lange vor der Entscheidung dem Berichterstatter zugeschickt.

Geradezu obszön ist es schließlich, wenn Richter in Datenbanken ihre eigenen Entscheidungen nochmals „für die Praxis" erläutern.[149] Wer Urteile nicht so formulieren kann, dass ein fachkundiges Publikum sie aus sich heraus versteht, sollte damit nicht auch noch Geld verdienen. Zumal wenn das fachkundige Publikum, also die Anwälte, auch noch für Fehler der Rechtsprechung haften soll (s.o. Rn. 67). 79

ee) Resümee: Präjudizien als Regeln?

Wir können kurz zusammenfassen: In Gesetzesrechtssystemen – wie dem unseren – kommt man bei der Suche nach der (Rechts-) Regel, die den Fall entscheiden soll, an Präjudizien nicht vorbei. Man darf sie – genauer: die in ihnen getätigten 80

146 Siehe etwa *Joachim Lege*, Die Herzkammer der Wissenschaft. Das Wissenschaftssystem braucht ein Zentrum, das bahnbrechende Erfindungen mit dem wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens vermittelt. Das können nur die Universitäten sein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. September 2019 (Nr. 205), S. N4. – Nebenbei: Der Titel stammt von der Redaktion der FAZ. Er lautete ursprünglich: „Was ist das Wissenschaftssystem, und wo sollte es sein Zentrum haben? Zugleich ein Beitrag zu Promotionsrecht".

147 BVerfGE 161, 63–136 – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022). Genauer dazu unten § 34 IIb Rn. 67–75 (als Beispiel für juristisches Misslingen).

148 *Joachim Lege*, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz? Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung" an Windkraftanlagen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2019, 1000–1005.

149 Gemeint ist vor allem der „juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht", herausgegeben vom Verein der Bundesrichter bei dem Bundesverwaltungsgericht e.V., im Netz seit 2004 und verfasst ausschließlich (das wird betont) von Richter*innen dieses Gerichts.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsaussagen – aber nicht unkritisch wie ein Gesetz „anwenden". Es sind eben keine unmittelbar-autoritativen Rechtstexte.

Die Autorität von Präjudizien beruht vielmehr auf zwei nicht-rechtlichen Faktoren: Vernunft (bzw. Wissenschaft) und Macht (bzw. Politik). Die juristische Autorität beim Umgang mit Präjudizen hängt auch davon ab, wie gut die Balance dieser beiden Faktoren gelingt.

Letztlich ist diese Balance, wie die gesamte juristische Methode, natürlich eine Frage der Logik und der Ästhetik.

3. Autoritative Rechtstexte in der Peripherie des Rechts

81 Die NJML legt Wert darauf, dass „Rechtsquellen" nicht nur die staatlich verordneten Gesetze und die Entscheidungen staatlicher Gerichte sind. In loser Anlehnung an Luhmann kann man vielmehr sagen: Recht wird nicht nur in diesem „Zentrum" des Rechts[150] produziert, sondern auch in der Peripherie: in autoritativen Rechtstexten des Privatrechtsverkehrs und in der öffentlichen Verwaltung.

Wenn ich in die S-Bahn steige, dann ist dies ein autoritativer Rechtstext: in Gestalt der konkludenten (= schlüssigen) Willenserklärung, einen Beförderungsvertrag mit den Stadtwerken abzuschließen. (Und weil ich dies weiß, gibt es auch keine „Kluft" zwischen Rechtsnorm und Wirklichkeit.)

Ein letztes Mal zum Begriff „Rechtsquelle": Man gebe zu, es würde komisch klingen, wenn man sagt: „Wenn ich in die S-Bahn steige, dann quillt Recht aus mir."

a) Willenserklärungen im Privatrecht

82 Somit sind auch Willenserklärungen im Privatrecht – also zwischen „Bürgern", genauer zwischen Privatrechtssubjekten (dazu gehören auch Banken, Sportvereine etc.) – autoritative Rechtstexte, wenn und soweit die Rechtsordnung ihren Autoren diese Rechtsmacht zugesteht. Auch hier gilt also: Die Urheberschaft macht eine Regel zur Rechtsregel – *auctoritas … facit legem*.

Es ist daher etwas ungenau, wenn man sagt, die Auslegung von Willenserklärungen im Bürgerlichen Recht – sagen wir: bei Verhandlungen über eine Bankbürgschaft – sei eine Frage der Würdigung des (Lebens-) Sachverhalts".[151] In Wahrheit handelt es sich um die Auslegung autoritativer Rechtstexte. Beispiel: Der Verkäufer will nicht für verborgene Mängel haften („unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung"), und das darf er „von Rechts wegen" wollen, sofern der Käufer sich darauf einlässt und der Verkäufer einen Mangel nicht arglistig verschweigt.

83 Oft genug machen sich die Beteiligten im Privatrechtsverkehr natürlich sehr wenig Gedanken über die Einzelheiten eines Kaufs oder eines Mietvertrags. Da greift dann subsidiär das Gesetz ein. Wenn nichts anderes vereinbart ist, gilt gemäß dem autori-

150 Bei Luhmann bilden nur die Gerichte das Zentrum des Rechts, siehe *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 321.

151 So *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 44), Rn. 124–153.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tativen Text des § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch –: „Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen." Aber *wenn* etwas anderes vereinbart ist, dann *gilt* dies, und der autoritative Text, aus dem dies folgt, sind die übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Vertragsparteien.

b) Verträge

Damit liegt auf der Hand, dass auch Verträge autoritative Rechtstexte sind – und demnach grundsätzlich nicht anders auszulegen als Gesetze. Allerdings muss man hier immer schauen, was beide (oder auch mehrere) Parteien wirklich vereinbart haben und was nicht. 84

Wichtig ist nun: Der autoritative Text, aus dem sich die Regeln für die gegenseitigen Ansprüche ergeben, ist nicht etwa das Gesetz mit seinen Regelungen über den Kauf-, Werk-, Mietvertrag und so weiter. Anspruchsgrundlage ist vielmehr der Vertrag selbst, und daraus ergibt sich:

Wenn es bei dem, was die Vertragspartner vereinbart haben, Lücken gibt, dann muss man diese Lücken keineswegs immer mit den Regeln füllen, die sich aus dem Gesetz ergeben – sagen wir: aus den §§ 535 ff. BGB für den Mietvertrag. Es ist auch möglich – und legitim – eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen. Was hätten die Parteien vernünftigerweise vereinbart, wenn sie an diesen Fall gedacht hätten? Immerhin sind *sie* die Autoren – Autoren! – des autoritativen Textes. 85

Ich halte es daher nicht für überzeugend, dass eine ergänzende Vertragsauslegung erst dann zulässig sein soll, wenn das Gesetz keine ergänzende Regel enthält.[152]

Jetzt noch etwas Banales: Der Einleitungssatz im juristischen Gutachten muss lauten: „Der Anspruch des A auf Zahlung von 777 Euro könnte sich aus dem Kaufvertrag mit B ergeben (§ 433 BGB)." Nicht etwa: „aus § 433 BGB".

Im Übrigen gibt es natürlich vieles, was man *nicht* vereinbaren darf, weil zwingendes Recht[153] dem entgegensteht. Bekanntestes Beispiel ist der Wucherparagraph.[154] 86

Wie wir oben gesagt hatten: Private können ihre Rechtsverhältnisse in autoritativen Rechtstexten regeln, wenn, aber auch nur *soweit* ihnen diese Rechtsmacht eingeräumt wurde. Und von wem eingeräumt? Nun, vom Staat! So dass im Grunde *alles* Recht öffentliches Recht ist![155]

152 So aber *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 44), Rn. 142.

153 Für Nicht-Juristen: Man unterscheidet zwingendes Recht (*ius cogens*) von disponiblem Recht.

154 Wortlaut: „§ 138 BGB (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen."

155 Auch dies hat schon *Hans Kelsen* so gesehen, genauer: Er hat den Dualismus von öffentlichem und privatem Recht für ideologisch gehalten: Reine Rechtslehre (Fn. 6), S. 285–287.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Verwaltungsakte

87 „Öffentliches Recht" im engeren Sinn – dies als Information für Nicht-Juristen – sind grob gesagt die Rechtsbeziehungen (a) zwischen „Bürger" und „Staat" und (b) innerhalb des „Staates". (Wir haben beim Begriff des Gesetzes schon gesehen, dass „der Staat" in Wahrheit eine sehr vielgestaltige Organisation ist. Und „Bürger" sind eben auch Vereine, Aktiengesellschaften und so weiter.)

Die typische Handlungsform, in der „der Staat" – sagen wir ab jetzt besser: die öffentliche Gewalt – „dem Bürger" gegenüber auftritt, heißt im deutschen Recht nun ganz offiziell, nämlich in einem Gesetz als autoritativem Rechtstext definiert: Verwaltungsakt.

> Zum *Begriff* „Verwaltungsakt" kann man sagen: Seine *Intension* (Begriffsinhalt) lässt sich leicht ermitteln, sie steht in § 35 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz).[156] Was die *Extension* des Begriffs angeht (seinen Umfang), so spiegelt sich in ihr die große weite Welt der öffentlichen Verwaltung: Geburtsurkunde; Versetzungszeugnis; Erteilung der Fahrerlaubnis; Bußgeldbescheid; Verbot einer Demonstration; Baugenehmigung und Abrissverfügung; Sozialhilfe- und Subventionsbescheid; Planfeststellungsbeschluss für Stuttgart 21; und so weiter. Darüber erfährt man im Studium viel zu wenig.

88 In unserem Kontext soll nun allein interessieren: Der Verwaltungsakt ist ein autoritativer Rechtstext, und zwar ein Befehl.[157] Nämlich: eine für den Empfänger verbindliche *einseitige* Erklärung der öffentlichen Gewalt, dass etwas so und nicht anders sein soll.

> Dass es ein autoritativer *Rechts*text ist, folgt auch aus dem Tatbestandsmerkmal „Regelung". Denn „Regelung" wird von der Rechtslehre definiert (und zwar unstreitig!) als eine Maßnahme, die „objektiv und unmittelbar auf die Herbeiführung einer *Rechtsfolge* gegenüber dem Betroffenen gerichtet ist".[158] Abzugrenzen davon sind die sogenannten Realakte, und man kann dann darüber streiten, ob der Schlag mit dem Polizeiknüppel ein Verwaltungsakt ist („Duldungsverfügung"[159]) oder eben Realakt. (Praktische Konsequenzen hat dies kaum.[160])
>
> > Natürlich sieht man auch hier, dass es eine „Kluft" zwischen Recht und Wirklichkeit „nicht wirklich" gibt. Wer an einer Demonstration teilnimmt und den Knüppel auf den Kopf bekommt, weiß „immer schon", dass beides rechtlich relevant ist.

156 Wortlaut: siehe Fn. 8. Natürlich muss man dann zu jedem einzelnen Tatbestandsmerkmal („Regelung", „Einzelfall", „Rechtswirkung nach außen") intensional und extensional so einiges wissen.

157 Früher sprach man auch ganz unbefangen von „Verwaltungsbefehl".

158 Statt vieler *Winfried Huck/Martin Müller*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., München 2020, § 35 Rn. 34.

159 Klassisch BVerwGE 26, 161 – Schwabinger Krawalle (1967) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite). Heute hält man diese Konstruktion überwiegend für überholt, siehe *Florian von Alemann/Fabian Scheffczyk*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.); Beck'scher Online-Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz (BeckOK VwVfG), Stand 01.04.2023, § 35 Rn. 150–153.

160 Klage kann nach beiden Auffassungen erhoben werden, ein Widerspruchverfahren entfällt; möglicherweise laufen unterschiedliche Klagefristen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Gewohnheitsrecht, Allgemeine Rechtsprinzipien, „Richterrecht"

Bereits erwähnt haben wir, als „Rechtsquelle", das Gewohnheitsrecht. Insofern ist es in der Tat schwierig, den „autoritativen Rechtstext" zu ermitteln, aus dem es sich ergibt: Gewohnheitsrecht wird nicht in Gesetzbüchern oder Fallsammlungen fixiert, sonst wäre es ja kein Gewohnheitsrecht. Wenn man sich daher auf eine Regel beruft, die sich angeblich ergibt aus (a) allgemeiner Übung (*consuetudo*) und (b) der Überzeugung, dass diese Übung rechtmäßig ist (*opinio iuris*) – dies sind die allgemein konsentierten, sozusagen gewohnheitsrechtlichen[161] Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts –, dann ist dies ein Konzentrat aus der *Beobachtung und Interpretation* vieler Handlungen und Äußerungen als rechtlich maßstab-gebend. Oder kurz: als von der Rechtsgemeinschaft konkludent erklärter (wenn man so will: „gelebter") autoritativer Text. 89

Man kann sogar sagen: Dies ist der einzige Fall, in dem *Dogmatik* – also die richtige Meinung vom Rechtlichen[162] – zu positivem Recht (= einem autoritativen Rechtstext) wird. 90

* * *

Das Gleiche gilt für die Allgemeinen Rechtsprinzipien, die im Völkerrecht als „Rechtsquelle" anerkannt werden.[163] Soweit sie anerkannt sind, sind sie ein autoritativer Rechtstext, bei dem der genaue Wortlaut allerdings schwer zu ermitteln ist. Das liegt nicht zuletzt daran, dass diese Prinzipien auch insoweit „allgemein" sind, als sie nicht auf eine einzige natürliche Sprache festgelegt werden können. Schon deshalb gibt es sie immer nur in verschiedenen Fassungen. 91

Ein Klassiker zu den verschiedenen Vorstellungen in verschiedenen Sprachen: José Ortega y Gasset (1883–1955), Miseria y Esplendor de la Traducción (1956); spanisch-deutsch: Elend und Glanz der Übersetzung, Madrid/Stuttgart 1976, mit dem Beispiel (u.a.) von spanisch *bosque* und deutsch *Wald* (S. 16/17 f.).

* * *

Was schließlich das sogenannte „Richterrecht" betrifft, so ist es weder – in herkömmlicher Terminologie – eine eigene „Rechtsquelle",[164] noch kann es – in der Terminologie der NJML – autoritative Rechtstexte produzieren. Denn entweder ist das „Richterrecht" Gewohnheitsrecht – so in der Tat wohl der allgemeine Aufopferungsgedanke (s.o. Rn. 19 und 31). Oder es ist im *case law* als Präjudiz bindend. Oder es sind gerade nicht bindende Präjudizien, und man muss sich mit ihnen unter den beiden Aspekten „Vernunft" und „Macht" arrangieren. 92

Anders gewendet: „Richterrecht" ist nicht mehr und nicht weniger als *Dogmatik* – nämlich die Dogmatik der Gerichte in dem jeweiligen Bereich des Rechts.

161 Zwinkersmiley.

162 Zur richtigen Meinung vom Schrecklichen s.o. bei und in Fn. 46. Auch hier bleibt aber die entscheidende Frage: *quis iudicabit?* – wer wird darüber entscheiden?

163 *Schweitzer/Dederer*, Staatsrecht III (Fn. 24), § 3 B III, Rn. 462–493.

164 Statt vieler *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 70), § 4 Rn. 29 ff., 42 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Dogmatik?

93 Und dass Dogmatik in aller Regel[165] keine *autoritativen* Rechtstexte produziert – keine Texte, die selbst schon **Regeln** des geltenden Rechts repräsentieren –, das haben wir wohl oft genug gesagt.

IV. Resümee: Autoritative Texte als Einstieg

94 Der Dritte Teil unserer Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) handelt davon, wie das charakteristische juristische Begründungsmodell – der Vollständige Juristische Syllogismus – zu konstruieren ist: Gewinnung der Regel – Aufbereitung des Falls – Manipulation des Ergebnisses. Wir haben in diesem § 14 nun untersucht, wo man die (Rechts-) **Regeln** finden kann, die eine richtige Entscheidung des Falls ermöglichen – und sind nun in einer gewissen Verlegenheit gelandet. Wir haben zwar festgestellt, dass der Begriff „Rechtsquelle" nebulös ist.

Übrigens auch schon, das sollte man nachtragen, bei Savigny.[166]

95 Wir haben stattdessen ziemlich streng gefragt, was wir als einen „autoritativen Text", der eine Rechtsregel erzeugen kann, durchgehen lassen wollen.

Und haben dann als einen solchen Text auch schlüssiges Handeln gelten (gelten!) lassen, nicht aber „Richterrecht".

96 Nun stehen wir aber doch vor dem schon beiläufig formulierten Befund, dass es eine reale Regel nie sozusagen „an sich" gibt – und nie dergestalt, dass der Text sie unverzerrt wiedergibt. Regeln gibt es immer nur so, wie wir sie verstehen. Daher müssen wir uns nun eingehend damit befassen, wie denn die **Interpretation** von Regeln funktioniert (§ 15 bis § 15d) – es ist dies das Hauptbetätigungsfeld der herkömmlichen juristischen Methodenlehren.

Anschließend müssen wir zudem schauen, wie man Regeln korrigiert und anpasst (§ 16) und aufeinander abstimmt (§ 18, auch dies gängige Themen), wie man Regeln erfindet (§ 17) und systematisiert (§ 19, beides weniger gängig) bis hin zu Paradigmenwechseln (§ 20). Dabei werden wir einsehen müssen, dass autoritative Rechtstexte oft nicht mehr sind als ein Aufhänger für das, was man aus ihnen macht.

Aber vielleicht ist dies ja ein Ertrag der NJML: zu zeigen, wie fadenscheinig vieles ist, was wir als Juristen gelegentlich tun und – angesichts von Macht und (Un-)Vernunft – immer wieder tun müssen.

---

165 Ausnahme: Rn. 90.

166 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, §§ 6–15. Rechtsquellen werden definiert als die „Entstehungsgründe des allgemeinen Rechts, also sowohl der Rechtsinstitute, als der aus denselben durch Abstraction gebildeten einzelnen Rechtsregeln." Die Gesetzgebung ist nur ein Teil davon (§ 13), das wissenschaftliche Recht (14) ein weiterer.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 15 Regeln (Rechtssätze) interpretieren: Übersicht

Wir haben es mehrfach erwähnt: Begriffe und Regeln sind im Grunde dasselbe – man kann Begriffe in Regeln explizieren und Regeln zu Begriffen kondensieren (§ 5 Rn. 20–21, 120).[1] Der Begriff „Mord" ist gleichbedeutend mit der Aussage „Mord ist es, wenn jemand einen Menschen grausam oder heimtückisch tötet". Wir haben ebenfalls gesehen, dass Begriffe letztlich durch das bestimmt werden, was aus ihnen folgt (zur Pragmatischen Maxime § 5 Rn. 14–17). 1

Im Folgenden wollen wir nun bei der Interpretation von (Rechts-) Regeln trotzdem unterscheiden zwischen dem Umgang mit **Rechtsbegriffen** (**§ 15a**) und dem Umgang mit Rechts*sätzen*. Oder genauer: mit **Rechtsaussagen**, so wie sie in den autoritativen Rechtssätzen, die wir gerade gefunden haben (siehe § 14) formuliert sind (**§ 15b**).

> Unter „Aussagen" versteht man die *Bedeutung von Sätzen* im Hinblick auf einen Sachverhalt (§ 5 Rn. 25), hier: auf eine Rechtsregel; ganz ebenso, wie man unter „Begriffen" die *Bedeutung von Termini* im Hinblick auf einen Gegenstand versteht (§ 5 Rn. 9): hier: von den „Gegenständen" des Rechts (und das sind: *personae – res – actiones*[2]).

Was schließlich den Begriff „Interpretation" angeht, so stammt die wohl treffendste Beschreibung dieses Kerngeschäfts der Jurisprudenz von Alexander Hollerbach (Hervorhebung J.L.): 2

> „Die Rechtswissenschaft ist hermeneutische (Verstehens-)Wissenschaft. Eine wesentliche Aufgabe besteht in der Interpretation von vorgegebenen Norm-Texten oder doch jedenfalls von *satzhaft formulierbaren normativen Aussagen*."

Man ergänze für unseren Kontext: vor allem Aussagen über Regeln. Wobei Hollerbach freilich fortfährt:

> „Sie verfährt aber hermeneutisch auch insofern, als sie konkrete soziale Wirklichkeit auslegt; denn zur Text-Hermeneutik tritt die Sachverhalts- oder Fall-Hermeneutik, und erst darin, daß „Norm" und „Fall" in Entsprechung gebracht werden, vollendet sich bei der Rechtsfindung der hermeneutische Prozeß."[3]

> Wir werden dies nennen: Bezug auf außerrechtliche Sinnzusammenhänge (§ 15a Rn. 19–23; zum Begriff Sinnzusammenhang § 5 Rn. 40–59).

---

1 *Jürgen Habermas*, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 155: „Begriffe und Urteile können ebenso in Schlüssen expliziert wie Schlüsse zu Urteilen [besser: Aussagen, J.L.] und Begriffen kondensiert werden."

2 So die klassische Definition des römischen Rechts (Institutionen 1, 2, 12): *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* – Alles Recht, das wir verwenden bezieht sich auf Personen, auf Sachen und auf (frei übersetzte) subjektive Rechte (oder auch: Rechtsverhältnisse). – Die „Institutionen" waren der erste Teil des Corpus Iuris Civilis, das ist die große Rechtssammlung, die im Jahr 533 vom (ost-) römischen Kaiser Justinian veröffentlich wurde. Sie ist für Europa so wichtig wie die Bibel: ein zweites *big book*, mit dem sich die weltlichen Herrscher (und ihre Beamten) vom Papst emanzipieren konnten.

3 Beide Zitate: *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Band 4 (1988), Spalten 751–760 (757); Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3 Abgerundet wird unsere „Interpretationstrilogie“ durch einen **§ 15c**. In ihm werden einige **Fehlvorstellungen** („Irrlehren“) vorgestellt („Konkretisierung“, „Typus“ und „Topos“; „Verfassungsinterpretation“).

Ganz am Ende schließlich wird **§ 15d** in einer Art Innehalten das beisteuern, womit in den gängigen Methodenlehren das Kapitel „Auslegung“ oder „Interpretation“ meist beginnt: die vier „**Kanones**“ der Auslegung in Anlehnung an Friedrich Carl von Savigny (Wortlaut, Historie, Systematik, Sinn und Zweck [Telos[4]]). Wir werden sie dort **interpretieren** (!) als ein hübsches Grobschema, das freilich von vielen Voraussetzungen lebt – Voraussetzungen, die wir teils schon dargelegt haben, teils noch entwickeln müssen. Erst Klarheit über diese Voraussetzungen kann vor Fehlvorstellungen und Scheinproblemen schützen.

4 Ein **Scheinproblem** ist, wie gezeigt, die angebliche „Kluft“ zwischen „Norm“ und „Wirklichkeit“ (auch Normen sind wirklich „wirklich“!).[5] Noch zu zeigen bleibt, dass auch die Frage nach dem „subjektiven“ oder „objektiven“ Willen des Gesetzgebers ein Scheinproblem ist: *Jeder* Text führt, unabhängig vom „Willen“ des Autors, (auch) ein Eigenleben.

> Das Zivilrecht trägt dem übrigens ganz selbstverständliche Rechnung: Willens(!)erklärungen – z.B. ein Vertragsangebot – sind aus dem Empfängerhorizont heraus zu interpretieren. Wie durfte (!) *er*, der Empfänger, das Wort „objektiv“ verstehen? Anders gewendet: Es geht um den vom „Recht“ – konkret: letztlich von einem Richter als beobachtendem Dritten – akzeptierten Sprachgebrauch. *Nothing more pretentious.*

4 Kurzes „e“, Betonung auf der ersten Silbe und vor allem: Neutrum, also *das* Telos (altgriechisch „Ziel, Zweck“).

5 Dazu bereits *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 15a Regeln (Rechtssätze) interpretieren I: Die Begriffe

Im Folgenden verwenden wir den Begriff „Interpretation" im Wesentlichen synonym mit dem Begriff „Auslegung". Gemeint ist also: Interpretation hält sich hier noch im Bereich des üblichen[1] Wortsinns (genauer: Zeichensinns). Insofern bleibt die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) mit den herkömmlichen Methodenlehren durchaus kompatibel. 1

Wir werden aber sehen, dass die Grenzen fließend sind, und in anderen Rechtsordnungen, etwa in Frankreich, versteht man unter „interprétation" auch das, was wir Rechtsfortbildung nennen.[2] (Vielleicht liegt dies daran, dass in den romanischen Sprachen das „Verhandeln", das im lateinischen *inter-pret-ari* steckt, präsenter ist als im Deutschen: *pretium* ist der Preis einer Sache.)

Wie funktioniert nun die Interpretation von Rechtsbegriffen?[3]

I. Allgemeines zum Begriff „Begriff"

Zum Begriff „Begriff" sei kurz wiederholt (siehe oben § 5 I): 2

1. Begriffe als dreistellige Relationen (Zeichen, Objekt, „Gedanke")

Begriffe sind, wie bereits erwähnt, dreistellige Relationen zwischen einem Zeichen (dem Terminus, z.B. dem Wort „Mord"), einem Gegenstand (der auch in einer Handlung bestehen kann, etwa in der Tötung eines Menschen) und dem, was das Zeichen im Hinblick auf den Gegenstand *gedanklich*[4] bedeutet (hier vor allem: die Handlung ist zu bestrafen). 3

Das hat man schon in der Antike so erkannt, wobei von dem stoischen Philosophen Sextus Empiricus (2. Jhdt. n. Chr.) die schöne Formulierung stammt: Zwei dieser Eckpunkte sind körperlich (das Zeichen und der Gegenstand), einer ist unkörperlich[5] – eben ein „Gedanke" (und es ist nicht selbstverständlich, dass wir bei demsel-

1 Die h.M. sagt: des *möglichen* Wortsinns. Das ist sehr blauäugig. Man denke an das Ministerium für Liebe in George Orwells Roman „1984". Oder an das Römische Reich: Erobern und zur Provinz machen nannte man dort *pacare* – befrieden (*pax* = der Friede).

2 Siehe im Kontext des EuGH *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. München 2019, § 6 Rn. 174); zur Historie *Christian Baldus*, § 3 Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: 19. Jahrhundert, in: Karl Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin etc. 2021, Rn. 42, 104–111.

3 Dazu schon *Joachim Lege*, Rechtsbegriffe. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifR) 1 (2006), S. 1–16. Mehr phänomenologisch als logisch: *Tristan Barczak*, Rechtsbegriffe. Elementarteilchen juristischer Methodik und Dogmatik, in: Juristische Schulung (JuS) 2020, 905-910.

4 Dies in Anlehnung an *Gottlob Frege*, Der Gedanke. Eine logische Untersuchung (1918), in: Ausgewählte Schriften zur Philosophie der Logik und der Sprache, hrsg. von Dolf Rami, Göttingen 2021, S. 198–217. – „Gedanke" ist hier also objektiv gemeint, nicht (nur) als die subjektive Vorstellung im einzelnen Menschen.

5 *Maximilian Herberger/Dieter Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt a.M. 1980, S. 205.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ben Zeichen auf denselben[6] Gedanken kommen[7]). Allerdings können wir auch nicht *ohne* ein (kommuniziertes) Zeichen auf denselben Gedanken kommen.

Deshalb schon an dieser Stelle ein Hinweis auf die berühmte Umschreibung beim Klassiker Savigny (genauer dazu § 15d): „Das *grammatische* Element der Auslegung hat zum Gegenstand das Wort, welches den Übergang aus dem Denken des Gesetzgebers in unser Denken vermittelt."[8]

4 In unserem Kontext ist der *Gegenstand*, den der Begriff bezeichnet, die *Regel*, genauer: die Rechtsregel, die es zu „erkennen" gilt. Noch genauer: Begriffe sind die einzelnen *Bestandteile dieser Regel*, und zwar auch diejenigen Bestandteile, die diese Bestandteile miteinander verbinden – ausgedrückt durch Wörter wie „wenn" oder „kann", „soll" und „ist".

Diese Verbindungsbegriffe (Kopulae, Singular Kopula) werden wir zunächst zurückstellen, weil sie erst in der gesamten *Aussage* über die Regel Sinn ergeben (§ 15b Rn. 7–10).

2. Intension (Begriffsinhalt) und Extension (Begriffsumfang)

5 Wir haben des Weiteren schon gesehen (§ 9 Rn. 20–22): Man unterscheidet in der Lehre vom Begriff den Begriffsinhalt (die Intension) und den Begriffsumfang (Extension). Der Begriffs*inhalt* wird bestimmt in der Welt der Zeichen, das Wort „Mord" etwa durch eine Definition, die in weiteren Wörtern formuliert wird (oder ein Verkehrszeichen durch die Wörter, die man in der Straßenverkehrsordnung – StVO – findet[9]). Der Begriffs*umfang* meint alle Gegenstände der Außenwelt, die „unter den Begriff fallen" (also seine Fälle), mit Kant könnte man sagen: das Anschauungsmaterial. Letztlich bestehen Begriffe immer aus einem Zusammenspiel beider Seiten.

Nochmals das schöne Kant-Zitat: „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind."[10]

Die „Außenwelt" muss übrigens keine reale, es kann auch eine fiktive Welt sein. Dann sind Harry Potter und Hermione Granger Schüler im Internat Hogwarts oder Winnetou und Old Shatterhand Aktivisten in einem imaginierten Wilden Westen. Ob auch das Recht nur eine Scheinwelt ist („Überbau"), die die realen Machtverhältnisse verschleiert (die ökonomische „Basis"), kann man in marxistischer Tradition[11] durchaus hinterfragen.

6 Im Folgenden werden wir zunächst die Bestimmung von Rechtsbegriffen mit Hilfe der „Außenwelt" betrachten (II), danach mit Blick auf die juristische Innenwelt (III).

---

6 … eben objektiven, nicht subjektiven Gedanken. – Dass diese objektiven Gedanken ihre Bedeutung letztlich durch Praxis gewinnen (§ 5 I Rn. 14–21), sei zur Erinnerung kurz eingeflochten.

7 Zur doppelten Kontingenz und damit zur Unwahrscheinlichkeit „richtigen" Verstehens schon § 10 Rn. 312.

8 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, § 33, S. 213. – § 33 ist übrigens überschrieben mit: „Auslegung einzelner Gesetze" (vgl. § 14 Rn. 21).

9 Siehe etwa § 12 StVO zu den Verkehrszeichen Nr. 283 und 286 (Halte- und Parkverbot).

10 *Immanuel Kant*, KrV B 75 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1785, S. 75; „A" wäre die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

11 *Karl Marx*, Zur Kritik der politischen Ökonomie (1859), Vorwort, in: Marx-Engels-Werke (MEW), Band 13, Berlin (DDR) 1961, S. 8 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Besonderer Betrachtung bedürfen schließlich die angeblich so „typisch juristischen“, weil unscharfen Begriffe wie „Treu und Glauben“ oder „Zuverlässigkeit“ (IV).

II. Extensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsumfang, „Fallvergleich“)

Beginnen wir also mit der extensionalen Bestimmung von Rechtsbegriffen, also mit der Bestimmung ihres Umfangs in der „Außenwelt“. Dies geschieht letztlich immer durch einen *Fallvergleich*.[12] 7

Die Fälle können dabei durchaus fiktiv sein – man denke an die Trierer Weinversteigerung[13] und an die vielen Fallvarianten in strafrechtlichen Untersuchungen („wie, wenn A statt den X den Y getötet hätte?“).

1. „Begriffskern“ und „Begriffshof“

Ein geläufiges Bild bei diesem Fallvergleich ist die Unterscheidung von einem Begriffskern und einem Begriffshof – sie stammt[14] von dem bedeutenden Tübinger Zivilrechtler und Methodologen Philipp Heck[15] (1858–1943; Heck ist Hauptvertreter der von ihm selbst so bezeichneten „Interessenjurisprudenz“). Das Bild spricht im Grunde für sich: Es gibt einen „Kern“ klarer Fälle und darum herum Phänomene, bei denen die Zuordnung zum Begriff nicht so klar ist. 8

Bei der Nötigung (§ 240 StGB – Strafgesetzbuch –) gehört es zum klaren „Kern“ von „Gewalt“, wenn ich jemanden grob beiseite stoße, um selbst noch in den überfüllten Zug zu gelangen. Eher in den „Hof“ des Begriffs gehören schon die Fälle, in denen Gewalt gegen Sachen, gegen Tiere oder gegen Dritte ausgeübt wird (ich schlage den Hund, um sein Herrchen zur Bezahlung von Schulden zu nötigen).[16] Zu den Sitzblockaden schon § 8 und § 10, jeweils passim[17], und sogleich unter 2.

Heck weist übrigens mit Recht darauf hin, dass in der Regel *alle* Begriffe diese unscharfen Ränder haben[18] – nicht nur die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe (dazu Rn. 69–75).

---

12 Mit etwas anderem Akzent zum „typisierenden“ Fallvergleich etwa *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, S. 59–64.

13 Siehe oben § 10 Rn. 9: A winkt seinem Freund B zu, der Auktionator interpretiert dies als ein Gebot und schlägt dem A ein Fass Wein zu. Es ist ein Schulbeispiel, erfunden von Hermann Isay (1873–1938).

14 *Philipp Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 52 (sehr knapp!).

15 Knapp zu ihm *Heinrich Schoppmeyer*, Durchreflektierte Methode: Die Interessenjurisprudenz Philipp Hecks (1858–1943), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 189–207; ausführlich *Heinrich Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001; Rezension: *Joachim Lege*, Der Staat 43 (2004), S. 465–471.

16 Siehe etwa *Lutz Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 240 Rn. 28 f. (ohne das Hunde-Beispiel).

17 Lateinisch *passim*: durchgehend.

18 *Heck*, Begriffsbildung (Fußn. 14), S. 60: Dies teilten die Rechtsbegriffe mit den Begriffen des Alltags.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die Drei-Kandidaten-Lehre („positive, negative und zweifelhafte")

9 Im Grunde dasselbe Bild zeichnet die von Hans-Joachim Koch (geb. 1944) und Helmut Rüßmann (geb. 1943) geprägte Unterscheidung von „positiven", „negativen" und – sehr unglücklich so bezeichneten – „neutralen" Kandidaten für die Zuordnung zu einem Begriff.[19] Sie expliziert lediglich, dass es jenseits[20] des „Hofes" einen Bereich gibt, der vom Begriff eben gar nicht mehr umfasst wird.

Warum „unglücklich" bezeichnet? Nun, die neutralen Kandidaten sind kein Neutrum, kein „Weder-noch"[21], sondern ein „Entweder-oder"[22]. Kurz, es ist zweifelhaft, ob sie dem positiven oder dem negativen Feld zugeordnet werden. Richtig wäre also zu sagen: „dubiose" (= zweifelhafte) Kandidaten. Das Wort dubios hat allerdings im Deutschen eine negative Konnotation[23].

10 Das Bild von positiven, negativen und zweifelhaften Kandidaten hat nun allerdings durch diese Erweiterung des Rahmens (*framing*[24]) durchaus einen Vorteil: Sie nötigt uns, nicht nur an die klaren Fälle von Gewalt zu denken, sondern auch an klare Fälle von „Nicht-Gewalt", etwa den gewaltlosen Widerstand Gandhis (1869–1943) gegen die Kolonialmacht in Indien.

Im Fall der Sitzblockaden (§ 8, § 10) dürfte dies die Wahrnehmung der sozialen Bedeutung des Problems (vgl. den *bias* WYSIATI[25]) entscheidend erweitern – anders als wenn man grübelt, ob die Sitzblockade von der „Kraftentfaltung" her dem Umdrehen eines Schlüssels (um jemanden einzusperren) gleicht oder gar darüber hinausgeht. Man könnte dann z.B. auf die Idee kommen, ob zum Merkmal „Gewalt" ähnlich wie bei der „Heimtücke" eine Art feindlich-aggressive Willensrichtung gehört. (Vielleicht gar: eine *rechts*feindliche Willensrichtung?) Und man kann sich vielleicht damit beruhigen, dass man die Blockierer mit Hilfe anderer Vorschriften sanktionieren kann.[26]

Ich muss gestehen, dass ich die Sitzblockaden im Hinblick auf den Begriff „Gewalt" immer als eindeutig negative Kandidaten qualifiziert habe. Die Aktionen der

---

19 *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 194 ff.

20 „Diesseits" ist der Kern! – Die Begriffe „diesseits" und „jenseits" sind in ihrer lateinischen Version gerade ein wenig in Mode gekommen. Eine Transfrau ist ein biologischer Mann, der sich „jenseits" (*trans*) der biologischen Geschlechtergrenze (wenn es sie denn gibt) als Frau verortet. Eine Cis-Frau ist eine Frau, die „diesseits" (*cis*) dieser Grenze eine Frau bleiben will. Natürlich kann man sogar bestreiten, dass es diese Grenze überhaupt gibt (siehe § 5 II Rn. 41 mit Fn. 87 und 88) – aber ganz ohne Grenze hätte ein Reden von *cis* oder *trans* keinen Sinn. Natürlich kann genau dies so gewollt sein: *ex contradictione quodlibet* – aus Widersprüchlichem folgt, was immer man will. Zum Beispiel die Befugnis, Menschen als „transphob" zu stigmatisieren.

21 Lateinisch *ne-uter*: keiner von beiden.

22 Vgl. lateinisch *alter*: der eine und der andere. Daher die Alternative (es gibt immer nur *eine*, und sie besteht aus diesen beiden Möglichkeiten).

23 Konnotationen sind Bedeutungen meist wertender Art, die in einem Begriff mitschwingen; siehe etwa *Hans Hannappel/Hartmut Melenk*, Alltagssprache, 2. Aufl., München 1984, S. 128–131.

24 Ausführlich dazu unten § 35 Rn. 49.

25 „*What You See Is All There Is*"; dazu unten § 35 Rn. 34 f.

26 Man denke an § 315b StGB: gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr durch Bereiten eines Hindernisses; oder an eine Ordnungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen die allgemeine Rücksichtnahmepflicht im Straßenverkehr oder wegen übermäßiger Straßennutzung (§§ 1 Abs. 2, 29, 49 StVO – Straßenverkehrsordnung).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Letzten Generation", in denen sich viele Menschen mit Sekundenkleber auf öffentlichen Straßen fixieren, um den Verkehr ganzer Städte lahmzulegen, erreichen allerdings quantitativ eine derart neue Dimension, dass ich ins Schwanken gerate.

Wie auch immer: Der Fall „Sitzstreik" ist (und bleibt wohl für immer) ein klassischer zweifelhafter Fall – oder wie die Angloamerikaner sagen: ein *hard case*.

3. „Normalfallmethode"

Vor allem im Strafrecht wird für die Begriffsbestimmung mit Hilfe des Begriffsumfangs (der Extension) auch eine sogenannte „Normalfallmethode" vorgeschlagen.[27] Vertreten wird sie vor allem von dem Tübinger Strafrechtler und Rechtstheoretiker Fritjof Haft (geb. 1940), der in der Zunft freilich eher zu den Außenseitern zählt. 11

> Wenn ich gelegentlich ein wenig Information zu den Akteuren der Juristischen Methodenlehre(n) beisteuere, so mag dies dadurch gerechtfertigt sein, dass die Juristische Methode eben auch eine spezifische *soziale* Welt konstituiert, einen spezifischen *sozialen* „Sinnzusammenhang" (zum Begriff § 5 Rn. 40–59). Und in diesem Zusammenhang sollte man dann nicht nur über Carl Schmitt und Karl Larenz ein paar Worte verlieren.

Man wird sagen können, dass Hafts Hauptziel wohl didaktischer Natur ist: Die Studenten müssen nicht nur „zu viel Formalkram"[28] lernen, sondern auch viel zu viele Zweifelsfälle – und werden dadurch dem größten Teil der real existierenden Rechtswelt – die eben meist „ganz normal" funktioniert – geradezu entfremdet. Jedoch verschiebt die „Normalfallmethode" letztlich nur die Akzente und geht im Grundmodell nicht über die Drei-Kandidaten-Lehre hinaus.

III. Intensionale Bestimmung des Begriffs (Begriffsinhalt, „Definition")

Geläufiger als die Bestimmung von Begriffen durch Bezug auf die Außenwelt dürfte deren Bestimmung durch Bezug auf weitere Zeichen, insbesondere Sprachzeichen sein („Zeichenwelt"). Wir erklären einen Begriff, indem wir auf weitere Begriffe verweisen, genauer: indem wir das Zeichen für diesen Begriff – etwa das Wort /Hund/ – mit einer Kombination anderer Zeichen erläutern: Ein /Hund/ ist ein /vierbeiniges Tier/, das /bellen kann/.[29] 12

1. Definitionen

Die sicherlich bekannteste Form, in der auf diese Weise Begriffe bestimmt werden, ist die Definition. Man kann geradezu sagen: In der Alltagssprache und auch von vielen Juristen dürften „Begriffsbestimmung" und „Definition" synonym verwendet werden. 13

---

27 Im Grund zu wenig herausgestellt: *Fritjof Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl., Bielefeld 1997, S. 131, 181–194.

28 Eine Formulierung meines geschätzten Greifswalder Kollegen *Claus Dieter Classen*.

29 Zur Kennzeichnung von Zeichen als /Zeichen/ durch Schrägstriche siehe *Umberto Eco*, Einführung in die Semiotik, München 1972, z.B. S. 37, 65 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So etwa, wenn den Jurastudenten, besonders in den Anfangssemestern, als Schema für den „Gutachtenstil" eingebleut wird[30]:

Einleitungssatz (oft auch Obersatz[31] genannt)
Definition
Subsumtion
Ergebnis (Konklusion)

Das ist nicht ganz falsch, aber es geht doch einiges durcheinander: Mit „Obersatz" ist nämlich nicht der *logische* Obersatz gemeint – die *praemissa maior* (§ 5 Rn. 95) –, sondern der Rechtssatz, insbesondere sein Tatbestand. Dass zudem Begriffsbestimmung und Definition nicht dasselbe sind, ist schon angeklungen („Fallvergleich"), wir werden es noch vertiefen. Wie eng schließlich die Subsumtion mit der (sogenannten) Definition zusammenhängt (§ 9 Rn. 28–31) und wie stark beide letztlich vom Ergebnis bestimmt (!) werden (§ 6 Rn. 41–44) – das wird in diesem Schema geradezu ideologisch verschleiert. Das Schema klingt vielmehr – mit Verlaub – nach „Subsumtionsautomat"[32].

Kommen wir aber nun zu den Methoden, mit denen man Begriffe definiert!

a) Oberbegriff und spezifischer Unterschied (*genus proximum*, *differentia specifica*)

14 Die klassische Lehre von der Definition (auch sie geht auf Aristoteles zurück[33]) lautet:

Definiert wird per genus proximum et differentia specifica.

Auf Deutsch: durch die nächsthöhere Gattung (*genus*, man kann auch sagen „Klasse" oder gleich: „Oberbegriff") und die besondere Differenz, also den besonderen Unterschied gegenüber Mitgliedern derselben Gattung bzw. Klasse. Zum Beispiel:

– Der Mensch ist ein Tier, das in einer Polis (Staat[34]) lebt (*zṓon politikón*[35]),
– der Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, das zwei- oder mehrseitig[36] zustandekommt,
– ein Grundrecht ist ein subjektives öffentliches Recht mit Verfassungsrang.

---

30 Siehe nur *Brian Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl., Berlin etc. 2017, § 2 III 2 (S. 16); zu den sog. „Obersätzen" der oberen und obersten Gerichte siehe unten § 34 Rn. 56–62.

31 Neuerdings wird stattdessen auch „Hypothese" gesagt. Das bringt recht schön zum Ausdruck, dass man deduktive Syllogismen nicht-deduktiv *interpretieren* kann – eben als Vermutungen (siehe oben § 6 Rn. 17, 22, 41 f.): „Es *könnte* sich bei der Tat des A um einen Fall von Mord handeln. Mord ist – Obersatz -, wenn man einen Menschen grausam tötet. ‚Grausam' ist es – Definition –, wenn …" und so weiter.

32 Bekanntestes Werk: *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986.

33 *Aristoteles*, Topik I 8 103b 15 f., altgriechisch in Umschrift: *ho horismós ek génous kai diaphorṓn estín* (dort aber eher beiläufig so definiert!). Zu weiteren Definitionslehren *Heribert Maria Nobis* (I) und *Gottfried Gabriel* (II), Artikel „Definition", in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh), Band 2, Basel 1972, Nachdruck Darmstadt 2019, Sp. 31–42.

34 Genauer: der „Stadtstaat" im alten Griechenland: Athen, Sparta, Theben, Korinth etc.

35 *Aristoteles*, Politiká I 2 1253a 1–5: *hóti ho ánthrōpos phýsei politikón zṓi̯on*; „ánthrōpos" ist übrigens geschlechtsübergreifend; wenn es eine Frau ist, heißt es „*hḗ ánthrōpos*", und ein drittes Geschlecht könnte man wohl mit „*tó* (mit kurzem o) *ánthrōpos*" bezeichnen. „Mann" als biologisches Geschlecht heißt auf Altgriechisch *anḗr*, daher kommt merkwürdigerweise die *andreía* – Tapferkeit.

36 Einseitige Rechtsgeschäfte sind demgegenüber Anfechtung, Kündigung, Bevollmächtigung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Man sieht leicht, dass hinter dieser Definitionslehre eine ontologische oder jedenfalls realistische Auffassung von Logik steht (§ 4 Rn. 2). Die *Welt selbst* ist auf diese Weise logisch geordnet, es sind nicht etwa nur unsere Zeichen oder gar Gedanken! 15

Zur Kontroverse zwischen (Begriffs-)Realismus und Nominalismus – sogenannter Universalienstreit – schon oben § 4 Rn. 2).

Man sieht aber auch: Derartige Definitionen haben in der Jurisprudenz vor allem dort ihren Platz, wo es um Systembildung geht (wir haben die „Begriffsbäume“ oder „-pyramiden“ schon in § 14 Rn. 42–44 vorgestellt). In der Fallbearbeitung spielen sie hingegen nur als Einstieg eine Rolle. Wenn man in der Klausur oder im gerichtlichen Urteil den § 211 StGB prüft und zur Definition völlig korrekt ausführt: „Mord ist die ‚Tötung eines Menschen‘ [d.i.[37] das *genus proximum*] mit ‚Mordmerkmalen‘ [d.i. die *differentia specifica*]“ – dann ist dies nur ein erster Schritt. Man will schon genauer wissen: Was *meint* denn dieses Mordmerkmal „Heimtücke“ oder „Habgier“ oder „grausam“ etc.[38]?

Nebenbei: Es ist ohne weiteres möglich, dass ein Begriff unter mehrere Oberbegriffe fällt. Das Bauplanungsrecht ist z.B. sowohl ein Teil des *Baurechts* (neben dem privaten Baurecht und dem Bauordnungsrecht) als auch ein Teil des öffentlichen *Raumplanungsrechts* (neben dem Recht der Raumordnung und Landesplanung).[39] 16

b) Die Bestandteile von Definitionen: definiens und definiendum

Man unterscheidet daher allgemeiner und weniger ontologisch (aber immer noch in der klassischen Lehre) bei einer „Definition“, als Ganzes betrachtet, 17

(1) den Bestandteil, der definiert (das *definiens*[40]), und

(2) den Bestandteil, der definiert werden soll (das *definiendum*[41]).

Wie sich beide zueinander verhalten *sollten* – Logik ist ja eine normative Wissenschaft (§ 3 FN 48, § 5 Rn. 53–53, 57–59) –, dazu gibt es durchaus Regeln. Die bekannteste: Man darf nicht zirkulär definieren. Oder salopp gesagt: Ein Begriff darf nicht durch sich selbst erklärt werden. Ein klassisches Beispiel hierfür findet sich freilich nach wie vor in allen (!) Landesbauordnungen (zitiert wird die des Landes Mecklenburg-Vorpommern – LBauO M-V):

37 Abkürzung für „das ist“.

38 Die Mordmerkmale sind insgesamt: Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebs, Habgier, sonstige niedrige Beweggründe; heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln; um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken. – Bereits mehrfach erwähnt wurde, dass § 211 StGB seine heutige Fassung in der Zeit des Nationalsozialismus erhalten hat; dass er deshalb faschistisch sei, verneint allerdings *Martina Plüss*, Der Mordparagraf in der NS-Zeit, Tübingen 2018.

39 Einzelheiten: *Joachim Lege*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 1–8.

40 Partizip Präsens Aktiv von lateinisch *definire*: „das Definierende“.

41 Gerundiv von lateinisch *definire*: „das zu Definierende“; vgl. auch „Konfirmand“ und „Doktorand“.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

18 **§ 2 Begriffe** (1) Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen; (…)
(2) bis (9) (…)
(10) Bauprodukte sind
1. Produkte, Baustoffe, Bauteile und Anlagen (…), die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden,
2. (…)

Kurz: Bauliche Anlagen werden dadurch definiert, dass sie aus Bauprodukten hergestellt sind, und Bauprodukte sind dadurch definiert, dass sie in bauliche Anlagen eingebaut werden. (Warum ein solcher Zirkelschluss nicht nur theoretisch, sondern auch pragmatisch falsch ist, dazu unten § 34 Rn. 17–21.)

Handhabbar wird die Vorschrift erst, wenn man sich klar macht, was nicht darunter fällt: Maschinen (die Abgrenzung kann schwer sein, Windkraftanlagen und Karussells sind bauliche Anlagen) und natürlich Gewachsenes wie Hecken.

c) Der Bezug auf Sinnzusammenhänge

19 Woraus bestehen nun aber im „Normalfall" Definitionen, genauer das *Definiens*?

Man wird sagen können: Das Definiens ordnet ein Phänomen (das Definiendum) in denjenigen Sinnzusammenhang ein, in dem wir gerade über dieses Phänomen sprechen (zum Begriff Sinnzusammenhang § 5 Rn. 40–59). Dabei ist zweierlei von größter Bedeutung:

Erstens ist das Phänomen – z.B. die Sitzblockade – in diesem Sinnzusammenhang sowohl als Einzelfall als auch als Repräsentation von etwas Allgemeinem *in derselben Weise real (wirklich)*. Es gibt keine logische oder gar ontologische „Kluft", die überwunden werden müsste, schon gar nicht durch eine nicht mehr kritisierbare „Wertung".

Ich weise nochmals auf den Universalienstreit hin (§ 4 Rn. 2); s. auch § 5 Rn. 9.

Zweitens kann dasselbe Phänomen ohne weiteres in *mehrere* Sinnzusammenhänge zugleich eingeordnet werden. Wir haben, wenn wir vor Gericht über „Gewalt" reden, immer *zwei* Sinnzusammenhänge *zugleich* im Blick: die Begriffe der „Rechtswelt" und die Begriffe der „Lebenswelt". Auch insoweit gibt es keine „Kluft" (sondern, wenn man so will, eine strukturelle Kopplung[42]).

20 Und eben deshalb kann man z.B. im *Strafrecht* ganz unbefangen definieren:

- *Gewalt* ist „die unter Anwendung physischer (körperlicher) Kraft erfolgende Einwirkung auf einen anderen zur Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder bestimmt erwarteten Widerstands"[43] (im Einzelnen wenig hilfreich, stattdessen eine reiche Kasuistik, s.o. unter II);

---

42 Ein Begriff aus der Luhmannschen Systemtheorie. Strukturelle Kopplungen sind Sinneinheiten, die notwendig für zwei (oder noch mehr?) Systeme zugleich eine Bedeutung haben, zum Beispiel Eigentum und Vertrag für die Systeme „Recht" und „Wirtschaft", die Verfassung des Staates für die Systeme „Recht" und „Politik" (*Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, Kapitel 10).

43 So schon RGSt 64, 113 (115) – Unzüchtige Handlungen an einer Frau nach Einsatz von Hypnose (1929) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band, Seite [Fundstelle]) mit Verweis auf noch frühere Entscheidungen. Die Definition wird bis heute, meist leicht abgewandelt, verwendet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- *Heimtücke* ist „das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindseliger Willensrichtung“[44];
- *grausam* tötet, „wer dem Opfer Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen“[45].

Und so weiter (Strafrecht ist das Rechtsgebiet „mit den meisten Definitionen“ – was natürlich mit dem Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz – *nulla poena sine lege*“ zusammenhängt.)

Oder im *Zivilrecht*: 21

- *Leistung* im Sinn des § 812 BGB (Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung) ist „die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“[46].
- *Sittenwidrig* im Sinn des § 138 Abs. 1 BGB ist, „was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht“[47] (natürlich eine sehr antiquierte Formel).

Schon hier sei eingeflochten, dass § 138 BGB in seinem Absatz 2 selbst eine „Konkretisierung“ (zu diesem Begriff unter § 15c Rn. 4–28) durch das Beispiel „Wucher“[48] vornimmt:

> „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“

Oder im *Öffentlichen Recht*: 22

- *Beruf* im Sinn des Art. 12 GG ist „ jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage“[49].

---

44 In etwas anderer Formulierung ebenso z.B. *Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf,* Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Baden-Baden 2022, § 211 Rn. 18.

45 *Albin Eser/Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2019, § 211 Rn. 27; besonders schrecklicher Fall: BGHSt 61, 302 – Verbrennen des Opfers (2016) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen Band, Seite (Fundstelle).

46 *Martin Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 8. Aufl., München 2020, § 812 Rn. 47.

47 So das Reichgericht und später der Bundesgerichtshof, siehe *Christian Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 9. Aufl., München 2021, § 138 Rn. 26 mit Nachweisen. Die Formel wird heute überwiegend als veraltet betrachtet und in anderen Kommentaren gar nicht mehr erwähnt, siehe z.B. *Hans-Peter Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl., München 2023, Rn. 8–11; stattdessen heißt es: „*Sittenwidrig ist ein RGeschäft,* wenn es nach seinem aus der *Gesamtwürdigung* von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Charakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist.“

48 „Wucher“ ist mittlerweile in der Tat ein autoritativer Text, denn mittlerweile sind auch die Überschriften zu den Paragraphen des BGB „amtlich“, das heißt, vom Gesetzgeber so beschlossen. Beim ursprünglichen BGB waren sie es nicht, sie wurden freilich nicht-amtlich von den juristischen Verlagen in eckigen Klammern eingefügt. „[Wucher]“ war damals also ein nicht-autoritativer Text (zum Begriff § 14 Rn. 22).

49 Ständige Rechtsprechung, aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 155, 238 (276 Rn. 92) – Windenergie auf See (2020) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies bedarf dann weiterer Erläuterung, so dass es in einem Kommentar z.B. heißt:

„Es muss nach den objektiven Umständen erwartet werden können, dass sich der Grundrechtsträger mit der Tätigkeit ein Auskommen verschafft. Fehlt es an der Aussicht, Einkommen zu erzielen, handelt es sich nicht um einen „Beruf", sondern um ein „Hobby". Eine berufliche Tätigkeit muss daher wirtschaftlich sinnvoll sein. Dies ist auf Grund einer objektiven Prognose zu bestimmen. Eine berufliche Tätigkeit ist auch dann gegeben, wenn sie die ganze Arbeitskraft in Anspruch nimmt, gleichwohl eine vollständige Bestreitung des Lebensunterhaltes nicht erlaubt. Die Freiheit der Berufswahl umfasst das Recht, mehrere Berufe zu wählen und nebeneinander auszuüben. Auch Zweitberufe, Nebentätigkeiten, Gelegenheitsarbeiten und Ferienjobs sind Berufe i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG. Durch berufliche Tätigkeit wird in der Regel ein „*Beitrag zur wirtschaftlichen Gesamtleistung*" erbracht. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um ein Definitionsmerkmal des verfassungsrechtlichen Berufsbegriffs, sondern um die Feststellung, dass dies aus der Inanspruchnahme der grundrechtlichen Freiheit folgt.[50]

23 Es wird deutlich: Die erste Definition ist nur der Einstieg in eine gründliche Betrachtung der zu regelnden „Lebenswelt" – hier vor allem des Sinnzusammenhangs „Wirtschaft", nebenbei aber auch des Sinnzusammenhangs „Privatleben" (Hobby!). Und ganz ohne Bezug auf den Begriffs*umfang* (die Extension) geht es auch hier nicht aus (Zweitberufe, Ferienjobs).

d) Sonderfall „Legaldefinitionen" (besser: Legislativdefinitionen)

24 Einen Sonderfall rechtlicher Begriffsbestimmung bilden die sogenannten Legaldefinitionen, also Definitionen, die der Gesetzgeber selbst vornimmt (weshalb man sie besser „Legislativdefinitionen" nennen sollte[51]). Am bekanntesten sind die Definitionen des „Anspruchs" im Zivilrecht und des „Verwaltungsaktes" (inklusive „Allgemeinverfügung") im Allgemeinen Verwaltungsrecht:

§ 194 Abs. 1 BGB Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

§ 35 VwVfG Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.

25 Insbesondere § 35 VwVfG ist dann freilich erst der *Einstieg* zu weiteren Definitionen und Sinnzusammenhängen.

Der Begriff „Behörde" verweist zum Beispiel auf den Sinnzusammenhang „Verwaltungsorganisation" als Teil des Staatsapparats (oder wenn man will: des politischen Systems). Mit diesem Staatsapparat fremdeln viele Studenten, obwohl er der Schlüssel zum Verständnis des gesamten Öffentlichen Rechts ist: Die meisten Probleme des

50 *Gerrit Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 1, 7. Aufl., München 2018, Art. 12 Rn. 38; siehe ferner etwa *Ferdinand Wollenschläger*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 12 Rn. 31–33.

51 Denn der Gegensatz zu „legal" ist „illegal" – was sicher nicht gemeint ist; gemeint ist vielmehr der Gegensatz von „legislativ" (durch den Gesetzgeber) und „exekutiv" und/oder „administrativ" (durch die Regierung oder die Verwaltung).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Öffentlichen Rechts sind Kompetenzprobleme (dazu etwa sogleich § 15a Rn. 69–75, 76–82).

Aber zurück zu den Legaldefinitionen: Was muss man methodologisch über sie wissen? Eigentlich nur, dass es sie gibt – und dass sie, anders als die von Rechtsprechung und Fachliteratur erdachten Definitionen – *autoritative Texte* sind (§ 14 Rn. 22), das heißt: rechtlich verbindlich. Man muss ihnen „gehorchen“. 26

e) Resümee

In gewisser Weise ist das gesamte Recht derart voll von „Definitionen“ (genauer Begriffsbestimmungen), dass es in der juristischen Ausbildungsliteratur geradezu eine eigene Literatur-Untergattung gibt, nämlich Bücher oder Skripten[52], in denen – wie in einer Formelsammlung – „die wichtigsten Definitionen“ aus dem Strafrecht,[53] dem Zivilrecht und dem Öffentlichen Recht (gelegentlich plus dem Internationalen Recht) aufgelistet sind.[54] 27

Zu diesen „Formelsammlungen“ kann man verschiedener Meinung sein – manche Kollegen empfehlen den Studenten sogar, man solle so wenig wie möglich auswendig lernen (und umso genauer den Gesetzestext studieren[55]). Richtig ist sicherlich, dass Formelwissen allein nicht ausreicht: Definitionen ohne Fall- und Systemverständnis sind leer (um Kant[56] abzuwandeln).[57] Auf der anderen Seite sind Definitionen eine Arbeitserleichterung: Was man weiß, muss man sich „in der Klausur“ nicht erst ausdenken oder später, „in der Praxis“, in einem Kommentar nachschlagen. (In der Praxis hat man *als Berufspflicht* alles Nötige zu wissen, andernfalls kann ein Haftpflichtprozess drohen oder, wenn Beamte schludern, ein Amtshaftungsprozess. Allein die Richter sind insoweit durch § 839 Abs. 2 BGB privilegiert.[58])

Klar sollte allerdings sein: „Definitionen“ sind nur eine von verschiedenen Möglichkeiten, Begriffe zu bestimmen. 28

---

52 Skripten waren ursprünglich die Domäne der juristischen Repetitorien, also der privaten (d.h. kommerziellen) Lehrinstitute zur Vorbereitung auf das juristische Examen (Marktführer ehemals: Alpmann/Schmidt). Sie waren und sind nicht zitierfähig. Mittlerweile gibt es auf dem Markt weitere Anbieter von Skripten, man spricht auch von „grauer Literatur“.

53 Legendär *Christian Fahl/Klaus Winkler*, Definitionen und Schemata Strafrecht, 9. Aufl., München 2021.

54 Siehe *Nomos*, Taschendefinitionen, 5. Aufl., Baden-Baden 2020, 320 (!) Seiten. – Geradezu frappierend: Das Werk erscheint ohne Autor, denn „Nomos“ ist der Name des in Baden-Baden situierten Verlags. – Siehe im Übrigen die entsprechenden Skripten des juristischen Repetitoriums Alpmann-Schmidt. Beim Repetitorium Hemmer gibt es ein reines Definitionen-Skript nur zum Strafrecht. Im Zivilrecht und im Öffentlichen Recht werden die Definitionen offenbar in die üblichen Skripten integriert.

55 So *Otto Lagodny*, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl., Heidelberg etc. 2013, S. 73 f. und 219.

56 Siehe bei Fn. 10.

57 Und: „Viel wissen“ kann dazu verführen, dieses Wissen auch dann auszubreiten, wenn es darauf nicht ankommt. Das ist ein *bias*, vor dem man Studenten immer wieder warnen muss.

58 § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB lautet: „Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht.“ Dazu schon § 14 Rn. 66 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Umschreibungen

29 Was das Recht angeht, gibt es sogar einen etwas rätselhaften Satz aus den Digesten,[59] in dem vor Definitionen geradezu gewarnt wird:

In iure civile omnis definitio periculosa est.

Auf Deutsch: „Im Zivilrecht ist jede Definition gefährlich." Wobei das Zitat noch weitergeht:

(…): *parum est enim ut non subverti possit.*

Auf Deutsch (sehr wörtlich): „Denn es gibt wenig von der Art, dass (*ut*) es nicht umgewendet werden könnte" („subversiv" kommt von *subvertere*). Man möchte fast sagen: „ins Gegenteil verkehrt" werden könnte.[60]

30 Ein Beispiel ist der „vernünftige Eigentümer" beim Anspruch aus dem sogenannten enteignungsgleichen Eingriff. Ursprünglich war ein „vernünftiger und einsichtiger Eigentümer" in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) derjenige, der mit Rücksicht auf die Allgemeinheit seine eigenen wirtschaftlichen Interessen zurückstellt – und folglich seinen prächtigen „Buchendom"[61] aus eigenem Antrieb nicht abholzt (gemeint natürlich: nicht abholzen *sollte*) und daher für diesen Verzicht auch nicht entschädigt werden muss. Dies wurde ins Gegenteil verkehrt, indem der BGH später meinte, dass alles, was ein Eigentümer bei „vernünftiger und wirtschaftlicher Betrachtungsweise" aus seinem Eigentum herausholt, grundrechtlich geschützt sei (Art. 14 GG) – so dass man ihn, falls ihm eine weitere Kiesgewinnung nicht erlaubt wird, entschädigen müsse.[62]

Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dann klargestellt: „Aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Grundeigentums läßt sich nicht ein Anspruch auf Einräumung gerade derjenigen Nutzungsmöglichkeit herleiten, die dem Eigentümer den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil verspricht."[63]

---

59 Digesten 50,17,202 (Iavolenus). – Die Digesten sind der zweite und umfangreichste Teil des Corpus Iuris Civilis (dazu schon § 14 Rn. 30, ferner § 19 Rn. 11). Sie enthalten in 50 Büchern eine wohlgeordnete Sammlung des römischen Privatrechts und waren bis zum Ende des 19. Jahrhundert in weiten Teilen auch Deutschlands noch geltendes, allerdings subsidiär geltendes Recht. Ein zweiter Name für die (lateinisch) Digesten war: Pandekten (griechisch). Beides bedeutet grob gesagt: „Hierin ist der gesamte Stoff enthalten."

60 Deshalb auch an dieser Stelle eine Warnung an die oberen und obersten Gerichte vor ihren eigenen „Obersätzen" (siehe § 34 Rn. 56-62).

61 BGH (Bundesgerichtshof), in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1957, 861 (861 f.) – Buchendom.

62 Die Begriffsverschiebung ist wunderbar zu beobachten in BGHZ 60, 126–144 (130 f.) – Ur-Nassauskiesung (1973) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite [Fundstelle]). – Ausführlich zur Rechtsprechung des BGH *Joachim Lege*, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG. Teil 2: Art. 14 GG und das Staatshaftungsrecht, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2011, 826–838 (828–832).

63 BVerfGE 58, 300 (345) – Nassauskiesung (1981).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Die Umschreibungstechnik des Bundesverfassungsgerichts (Patchwork-Dogmatik)

Vorbemerkung: Die Lektüre der folgenden drei Seiten wird etwas mühsam werden, denn das BVerfG beleuchtet in den zitierten Passagen immer wieder das Gleiche in immer neuen Varianten. Wir werden allerdings sehen, dass am Ende nicht immer das Gleiche herauskommt.

Wohl wegen dieser Gefahr des Subversiven ist das Bundesverfassungsgericht äu- 31
ßerst vorsichtig darin, sich definitorisch genau festzulegen. Stattdessen werden zur Begriffsbestimmung gern Formulierungen gewählt, die sich in Nuancen unterscheiden. Nehmen wir aus dem Bereich des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 GG[64]) die Begriffe „Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums" (kurz „Inhalts- und Schrankenbestimmung", noch kürzer „Inhaltsbestimmung", Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) und „Enteignung" (Art. 14 Abs. 3 GG).

Vorweg zur Anschauung („extensional"[65]): Typischer Fall von „Inhaltsbestimmung" des Eigentums sind Beschränkungen, die dem Eigentümer auf Grund des Natur- oder Denkmalschutzrechts auferlegt werden – das, was er nicht darf, gehört dann „von vornherein"[66] nicht zu seinem Eigentum („Definitionsakt"[67]). Typischer Fall von „Enteignung" ist hingegen die zwangsweise Übertragung eines Eigentumsobjekts auf den Staat („Zwangsvertrag"[68]), damit er dort eine Autobahn oder Eisenbahn bauen kann.

Diese Begriffe werden in verschiedenen Entscheidungen durchaus verschieden „defi- 32
niert". Beginnen wir mit dem klassischen Beschluss zum Kleingartenrecht[69] – das Problem lautete: Ist der extreme Kündigungsschutz in Kleingarten-Pachtverträgen mit privaten Verpächtern verfassungsmäßig? Dort heißt es im Jahr 1979 (**Hervorhebungen von mir**):

„**Enteignung** im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG ist der staatliche Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen. Ihrem Zweck nach ist sie auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen gerichtet, die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet sind. (…) Demgegenüber versteht das Grundgesetz unter **Inhaltsbestimmung** im Sinne des Art. 14

64 Wortlaut: Art. 14 (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

65 Siehe nochmals das Kant-Zitat Rn. 5.

66 Ich sage den Studenten immer: Wenn Ihnen bei der Frage, welche Art von Eingriff in das Eigentum vorliegt, unwillkürlich ein „von vorherein" herausrutscht, dann handelt es sich mit ziemlicher Sicherheit um eine Inhaltsbestimmung.

67 So treffend *Arnulf Schmitt-Kammler*, Das „Sonderopfer" – ein lebender Leichnam im Staatshaftungsrecht, in: NJW 1990, 2515 (passim).

68 Eine gängige Formulierung, auch verwendet wird „Zwangskauf" (bzw. aus Sicht des Eigentümers: Zwangsverkauf). Ausführlich zu allem: *Joachim Lege*, Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums", Berlin 1995.

69 Er hatte seinen Vorläufer in der Entscheidung zum Hamburgischen Deichordnungsgesetz – BVerfGE 24, 367 (1968).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1 Satz 2 GG die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die den ‚Inhalt' des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft bestimmen."[70]

33 In der berühmten und schon erwähnten Entscheidung zur Nassauskiesung aus dem Jahr 1981 werden die Akzente durchaus anders gesetzt (und, was die Unterscheidung von Legal- und Administrativenteignung angeht, eher irreführend, ja *periculoso* [gefährlich[71]]):

„Das Eigentum als Zuordnung eines Rechtsgutes an einen Rechtsträger bedarf, um im Rechtsleben praktikabel zu sein, notwendigerweise der rechtlichen Ausformung. Demgemäß hat das Grundgesetz in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dem Gesetzgeber die Aufgabe übertragen, den **Inhalt und** die **Schranken** des Eigentums zu **bestimmen**. Solche Normen legen generell und abstrakt die Rechte und Pflichten des Eigentümers fest, bestimmen also den ‚Inhalt' des Eigentums (BVerfGE 52, 1 [27]). Der Gesetzgeber schafft damit auf der Ebene des objektiven Rechts diejenigen Rechtssätze, die die Rechtsstellung des Eigentümers begründen und ausformen; sie können privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur sein.

Weiter hat der Gesetzgeber nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG die Möglichkeit, durch Gesetz einem bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis konkrete Eigentumsrechte zu entziehen, die aufgrund der allgemein geltenden Gesetze im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG rechtmäßig erworben worden sind (**Legalenteignung** – BVerfGE 24, 367 [395 f.]; 45, 297 [325 f.]; 52, 1 [27]).

Schließlich kann der Gesetzgeber – ebenfalls nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG – der Exekutive die Ermächtigung erteilen, konkretes Eigentum Einzelner zu entziehen. Die Enteignung aufgrund Gesetzes (**Administrativenteignung**) erfordert einen behördlichen Vollzugsakt, der – anders als die Legalenteignung – mit Rechtsmitteln angefochten werden kann."[72]

34 In einer weiteren Entscheidung zur städtebaulichen Umlegung (das ist eine Art Flurbereinigung innerhalb von Ortschaften[73]) aus dem Jahr 2001 kommt ein weiteres Merkmal hinzu, nämlich die Entziehung zu Gunsten eines „Gemeinwohlprojekts":

„Mit der **Enteignung** greift der Staat auf das Eigentum des Einzelnen zu. Sie ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet (vgl. BVerfGE 101, 239 [259]; 102, 1 [15 f.]; stRspr[74]). Die **Enteignung** setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll (vgl. BVerfGE 38, 175 [179 f.]). Ist mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der Ausgleich privater Interessen beabsichtigt, kann es sich nur [!][75] um eine **Inhalts- und Schrankenbestimmung** des Eigentums handeln (vgl. dazu BVerfGE 101, 239 [259])."[76]

---

70 BVerfGE 52, 1 (27) – Kleingartenrecht (1979).

71 Siehe soeben § 15a Rn. 29 mit Hinweis auf die Digesten/Pandekten.

72 BVerfGE 58, 300 (330 f.) – Nassauskiesung (1981).

73 Geregelt in den §§ 45 bis 79 BauGB (Baugesetzbuch).

74 „stRspr" bedeutet: ständige Rechtsprechung.

75 Für Spezialisten: Falls mit dem „nur" ein Weniger gemeint ist („lediglich"), ist dies ein Rückfall in die alten Schwellentheorien zur Abgrenzung von „Sozialbindung" und Enteignung (dazu unten § 20 Rn. 3). Falls das „nur" lediglich meint, dass es keine dritte Möglichkeit gibt (*tertium non datur*), ist die Stelle unverdächtig.

76 BVerfGE 104, 1 (9 f.) – Baulandumlegung (2001).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies stand zwar, was die „Güterbeschaffung" angeht, im Widerspruch zu einer früheren Entscheidung. Jedoch war diese Entscheidung aus dem Jahr 1991 – es ging um ein Gesetz, das Vorkaufsrechte nach dem Bundesberggesetz beseitigte – derart verunklarend, dass das BVerfG sie in der Umlegungsentscheidung noch nicht einmal zitiert (!): 35

> „Bei der Beurteilung des Eingriffs ist Art. 14 Abs. 3 GG zwar nicht ohne Bedeutung, kann aber nicht unmittelbar [?, J.L.] als Maßstab herangezogen werden.
>
> Die gesetzliche Beseitigung eines nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Rechts ist nicht in jedem Falle eine (Legal-)**Enteignung**. Das Vorliegen einer Enteignung hängt nicht [!, J.L.] davon ab, daß es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt. Ihr entscheidendes Merkmal ist der Entzug des Eigentums und der dadurch bewirkte Rechts- und Vermögensverlust, nicht aber die Übertragung des entzogenen Objekts (BVerfGE 24, 367 [394]; vgl. auch BVerfGE 52, 1 [27]). Art. 14 Abs. 3 GG ist jedoch dann nicht unmittelbar [??, J.L.] anwendbar, wenn der Gesetzgeber im Zuge der generellen Neugestaltung eines Rechtsgebiets bestehende Rechte abschafft, für die es im neuen Recht keine Entsprechung gibt.
>
> Der Gesetzgeber darf nicht nur nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Eigentumsrechten einen **neuen Inhalt geben**. Ebenso wie er neue Rechte einführen darf, kann er auch das Entstehen von Rechten, die nach bisherigem Recht möglich waren, für die Zukunft ausschließen. Es ist ihm auch nicht ausnahmslos verwehrt, die nach altem Recht begründeten Rechte der Neuregelung anzugleichen, selbst wenn dabei die bisher mit dem Recht verbundenen Befugnisse eingeschränkt werden; die Eigentumsgarantie gebietet insoweit nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen (vgl. BVerfGE 31, 275 [284 ff., 289 ff.]; 36, 281 [293]; 42, 263 [LS[77] 4 und S. 294]; 58, 300 [351]). Selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein (vgl. BVerfGE 78, 58 [75])."[78]

Umso erstaunlicher ist daher, dass der folgende, eigentlich richtige und wichtige Beschluss zur Denkmalvilla aus dem Jahr 1999 – es ging um die Frage, ob der Eigentümer sie abreißen darf, weil sie nur noch Kosten verursacht – gerade auch auf diese unklare Entscheidung verweist (siehe am Ende des Zitats): 36

> „Mit der **Enteignung** greift der Staat auf das Eigentum des Einzelnen zu. Sie ist darauf gerichtet, konkrete Rechtspositionen, die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt sind, zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben vollständig oder teilweise zu entziehen (BVerfGE 56, 249 [270 ff.] – abweichende Meinung; 70, 191 [199 f.] m.w.N.; 71, 137 [143]; 72, 66 [76]). Dies geschieht entweder durch ein Gesetz, das einem bestimmten Personenkreis konkrete Eigentumsrechte nimmt – Legalenteignung –, oder durch behördlichen Vollzugsakt aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zu einem solchen Zugriff – Administrativenteignung – (vgl. BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 f.]; stRspr.).
>
> Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Weder die zur Prüfung gestellte Norm, auf der die Genehmigungspflicht für die Beseitigung geschützter Kulturdenkmäler beruht, noch die Versagung der Genehmigung selbst stellen eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG dar. Die Regelung entzieht keine konkreten Eigentumspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern beschränkt generell und abstrakt die Nutzungsmöglichkeiten eines mit einem Denkmal bebauten Grundstücks; der Versagungsakt aktualisiert diese Beschränkung. § 13 Abs. 1 Satz 2 DSchPflG bestimmt damit **Inhalt und Schranken des Eigentums** im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Diese Einordnung der Norm ist von der Intensität der den Rechtsinhaber treffenden Belastung unabhängig. Sie behält ihre Gültigkeit selbst in den Fällen,

77 „LS" bedeutet: Leitsatz.

78 BVerfGE 83, 201 – Bergrechtliches Vorkaufsrecht (1991).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in denen der Eingriff in seinen Auswirkungen für den Betroffenen einer Enteignung nahe- oder gleichkommt (vgl. BVerfGE 83, 201 [211 ff.]).“[79]

b) Der Vorteil von Umschreibungen: Herantasten an Klarheit

37 Man darf zunächst konstatieren: Was das BVerfG geliefert hat und weiterhin liefert, sind keine „Definitionen“ im klassisch-strafrechtlichen Stil. Vielmehr bietet das Gericht eine ganze Reihe von Begriffsmerkmalen an: anfangs abstrakt-generell versus konkret-individuell und objektives Recht versus subjektive Rechtsposition, außerdem Entziehung/Entzug versus Regelung für die Zukunft; später dann Güterbeschaffungsvorgang (ja oder nein?) und „zur Erfüllung bestimmte öffentlicher Aufgaben“ (dies als „ständige Rechtsprechung“ – stRspr. – zu bezeichnen, war ein starkes Stück). Wann genau welcher dieser Mosaiksteine die Entscheidung trägt, bleibt allerdings schwer durchschaubar.

Bei der städtebaulichen Umlegung[80] war es die „öffentliche Aufgabe“, die man heranziehen musste, um nicht zu einer Enteignung zu kommen – sonst lagen alle Voraussetzungen des Begriffs vor (das ursprüngliche Grundstück wurde den Eigentümern entzogen, es ging auch nicht um irgendeine abstrakt-generelle Regelung auf der Ebene des objektiven Rechts).

38 Nichtsdestoweniger hat die Methode, mit der das BVerfG zunächst eher umschrieben als definiert hat, was „Enteignung“ und was „Inhaltsbestimmung“ ist, durchaus ihre Berechtigung. Es ist nämlich, wenn ein neues Phänomen auftaucht – hier ein Fall, der nach einer Neubestimmung des Begriffs „Enteignung“ verlangt[81] –, keineswegs immer von vornherein klar, um was genau es sich handelt, wo genau, salopp gesagt, das Problem *begrifflich* steckt.

Es gibt sogar Begriffe, die sich kaum abschließend definieren lassen (dazu sogleich unter IV). Fürs erste denke man an den Begriff „Liebe“.

39 Wenn man aber „noch nicht so genau weiß, was es ist“, dann ist klar: Es muss zunächst einmal – sozusagen als Hypothese[82] – eine „Definition“ in den Raum gestellt werden, die jedenfalls auf *diesen Fall* passt. Ob sie beim *nächsten Fall* immer noch passt, muss sich zeigen. Und im Hinblick darauf gilt offenbar: Je offener und vager der Definitionsvorschlag ist, desto eher wird er auch in künftigen Fällen brauchbar sein (und man muss sich nicht offen korrigieren). Es ist gut möglich, dass das BVerfG deshalb auf den „Güterbeschaffungsvorgang“ lange verzichtet hat, ganz zu schweigen von dem Merkmal „Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“ (das zudem leider falsch ist).

---

79 BVerfGE 100, 226 (239 f.) – Denkmalvilla (1999).

80 Nochmals BVerfGE 104, 1 (9 f.) – Baulandumlegung (2001).

81 Der Begriff der Enteignung war im Verlauf der Rechtsprechungsgeschichte seit dem Reichsgericht geradezu konturlos geworden (Sündenfall: die Galgenberg-Entscheidung RGZ 116, 268 aus dem Jahr 1927; es ging dort um Sandabbau versus Denkmalschutz; „RGZ“ ist das Kürzel für: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

82 Dazu auch unten § 19 Rn. 34 f. – Klassisch zum experimentierenden Rechtsdenken: *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III; verhaltener *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 12), § 12 I c.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Falsch ist es deshalb, weil die „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ nicht zum *Tatbestand* der Enteignung gehört, sondern zur *Rechtsfolge*.[83] Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG lautet: „Eine Enteignung [Tatbestand] ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig [Rechtsfolge]“. Wenn Ihr Grundstück zwangsweise auf mich übertragen würde, wäre das unzulässig, aber gewiss eine Enteignung.

Halten wir fest: Umschreibungen statt klarer Definitionen sind sinnvoll und gar nicht zu vermeiden, wenn über den Inhalt des Begriffs noch keine hinreichende Klarheit besteht. 40

Dass dem gelegentlich so ist, rechtfertigt übrigens die Annahme, dass die Jurisprudenz eine Wissenschaft ist – eine Wissenschaft, die Begriffe zuvörderst zu *klären* hat (zur Klarheit als dem Potential von Begriffen § 5 I). Erst danach kann sie schauen, ob das, was aus ihnen folgt (§ 5 Rn. 14), „richtig“ ist.

c) Die Gefahr: Verfestigung von Unklarheit …

Die Gefahr einer solchen Umschreibungspraxis ist nun freilich – und offenbar wird sie umso größer, je länger diese Praxis fortgeschrieben wird: Das Ganze wird statt immer klarer immer unklarer und unübersichtlicher. Es kann sogar geschehen, dass sich von den vielen Begriffsmerkmalen gerade diejenigen festsetzen, die zur eigentlichen Sache am wenigsten beitragen können. Im Fall der Abgrenzung von Enteignung und Inhaltsbestimmung ist dies der Gegensatz „abstrakt-generell“ versus „konkret-individuell“ (auch wenn er Studenten immer als erstes einfällt). 41

Ein Verwaltungsakt, der dem Grundstückseigentümer in Vollzug des abstrakt-generellen Naturschutzgesetzes den Bau eines Bootsstegs im Schilfgürtel verbietet, ist so konkret-individuell, wie man es sich nur vorstellen kann – und doch eine (eben konkrete) Inhaltsbestimmung.[84] Und § 19 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetzes (FStrG) regelt abstrakt-generell für die Zukunft, dass und unter welchen Voraussetzungen für eine Autobahn enteignet werden kann.[85]

Vor allem aber – das hatten wir beiläufig schon erwähnt – wird es angesichts des immer stärker anwachsenden Corpus an Texten immer schwieriger zu prognostizieren, auf welches Textfragment („Mosaiksteinchen“) sich das Gericht bei der nächsten Entscheidung wohl stützen wird. 42

Und die *prophecy of what the court will do in fact*[86] – also die Frage nach dem geltenden Recht – wird immer mehr zu einer Frage nach der politischen Einstellung der Richter.[87]

---

83 Für Nicht-Juristen: Rechtssätze bestehen aus Tatbestand („wenn“) und Rechtsfolge („dann“).

84 BVerwGE 94, 1 – Herrschinger Moos (1993) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite). Außerdem: Warum sollte man nicht sagen können, dass die Unterschutzstellung eines Gebietes dem Eigentümer etwas „entzieht“, was er vor der Unterschutzstellung an Befugnissen hatte?

85 Die Vorschrift lautet: „Die Träger der Straßenbaulast der Bundesfernstraßen haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Enteignungsrecht. Die Enteignung ist zulässig, soweit sie zur Unterhaltung oder Ausführung eines nach § 17 Absatz 1 festgestellten oder genehmigten Bauvorhabens notwendig ist. Einer weiteren Feststellung der Zulässigkeit der Enteignung bedarf es nicht.“

86 Nach der berühmten Formel von *Oliver Wendell Holmes jun.*, dazu schon § 6 Rn. 12, § 11 Rn. 8, § 14 Rn. 54.

87 Einem Ondit zufolge ist dies die Einschätzung keines geringeren als Bernhard Schlink.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine fulminante Kritik an der Methode des BVerfG (die übrigens im Staatsorganisationsrecht nicht so gut klappt wie bei den Grundrechten) findet sich bei Oliver Lepsius[88] – er spricht von dessen „maßstabsetzender Gewalt", weil sich die Umschreibungen des Gerichts üblicherweise im sogenannten „Maßstabsteil" der Entscheidungen finden (meist unter dem Gliederungspunkt C. I.). Ich für meinen Teil habe die Methode des BVerfG mittlerweile als **Patchwork-Dogmatik** bezeichnet.[89]

d) … bis hin zur Widersprüchlichkeit (und aus Widersprüchlichem folgt Beliebiges)

43 Geradezu rechtsstaatswidrig wird es schließlich, wenn sich in den vielen Umschreibungen eines Rechtsbegriffs Widersprüche finden. Im Fall von Enteignung und Inhaltsbestimmung betrifft dies, wie wir gesehen haben, den sogenannten „Güterbeschaffungsvorgang". Während gemäß BVerfGE 83, 201 (211) – Vorkaufsrecht nach Bundesberggesetz – der Begriff der Enteignung „nicht davon ab[hängt], dass es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt", verlangt BVerfGE 104, 1 (10) sogar einen besonders qualifizierten Güterbeschaffungsvorgang, nämlich einen, in dem „Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll".

Die Beurteilung dieser Methode nach logischen Kriterien liegt auf der Hand: *ex contradictione quodlibet* – aus einem Widerspruch folgt Beliebiges. Man kann, mit anderen Worten, einen neuen Fall ganz nach Wunsch als Enteignung qualifizieren oder auch nicht – und sich dabei auf diese oder aber jene „Stelle" berufen.

Das BVerfG hätte also klarstellen müssen – ja: *müssen* –, dass es an der ohnehin etwas verquasten Entscheidung zum Bundesbergrecht (BVerfGE 83, 201) nicht mehr festhält.

e) Fazit: schlechtes Fallrecht

44 So ungern ich dieses Fazit ziehe: Man wird das, was das Bundesverfassungsgericht methodisch betreibt, leider häufig als schlechtes Fallrecht bezeichnen müssen. Es werden gerade nicht ernsthaft *Fälle* miteinander verglichen, sondern das Gericht bedient sich aus einem Pool von eigenen, nicht-autoritativen (!) Texten (zum Begriff § 14 Rn. 22) und entnimmt ihm je nach gewünschtem Ergebnis mal dieses, mal jenes Fragment. Die Ergebnisse werden dadurch immer beliebiger.

Ein weiteres Beispiel wäre die Rechtsprechung des BVerfG zum Abgabenrecht, insbesondere zu den sogenannten Sonderabgaben.[90] Auch hier ist schwer abzuschätzen,

88 *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281.

89 *Joachim Lege*, Verfassungsrechtsdogmatik, in: Christoph Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik – Stand und Perspektiven, Wien und München 2024, S. 227–248 (238–240).

90 Für einen ersten Eindruck von der Unübersichtlichkeit: *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2018, Art. 105 Rn. 24–28; *Marcus Heintzen*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2021, Art. 105 Rn. 26–32. – Zu den Möglichkeiten, mit

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf welche Mosaiksteinchen sich das Gericht stützen wird – oder ob es sich gar auf etwas ganz Neues einlassen wird (man denke an die von Dietrich Murswiek erfundene „Ressourcennutzungsgebühr“[91] in der Entscheidung zum Wasserpfennig[92]).

Gutes Fallrecht müsste demgegenüber wirklich zu den Fällen hinabsteigen … 45

Lepsius nennt dies „Kontextualisierung“[93]

… und dann z.B. herausarbeiten, warum die Abschaffung eines Vorkaufsrechts per Gesetz eher der Ausweisung eines Naturschutzgebietes gleicht („der Vorkaufsberechtigte darf jetzt nicht mehr, was er vorher durfte“) oder eher der Abschaffung des Privateigentums an Deichgrundstücken[94] („dem Eigentümer wird ein vermögenswertes Recht entzogen, und dies kommt einem anderen zugute, nämlich dem nun unbelasteten Käufer“[95]).

Ich wäre mir insoweit gar nicht so sicher. Und Grenzfälle[96] wird es immer geben (s. auch unten § 19 Rn. 38).

Methodologisch betrachtet kann man die Begriffsbildung des BVerfG nach allem jedenfalls wie folgt charakterisieren: intensional überfrachtet, extensional unterbelichtet. 46

Und es wird dadurch, dass man es häufig als „Konkretisierung“ bezeichnet,[97] nicht besser.

3. Resümee: Was Texte leisten und was nicht

Die intensionale Bestimmung von Begriffen – also ihre Erläuterung durch Definitionen und Umschreibungen in Sprachtexten – ist nach meinem Eindruck das, was die deut- 47

Hilfe dieser Kategorie die sogenannten Universaldienstabgaben im Telekommunikationsrecht zu torpedieren: *Joachim Lege*, Wer soll die Grundversorgung mit Post und Telefon bezahlen?, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2001, 969–980 (971–975).

91 *Dietrich Murswiek*, Die Ressourcennutzungsgebühr, Natur und Recht (NuR) 1994, 170–176; im Anschluss daran kann man im Telekommunikationsrecht die sogenannten Universaldienstabgaben als *Ressourcenerhaltungsbeitrag* qualifizieren, siehe *Lege*, Grundversorgung mit Post und Telefon, DÖV 2001, 969–980 (977 f.).

92 BVerfGE 93, 319 – Wasserpfennig (1995); das Gericht vermeidet allerdings die klare Qualifikation als Gebühr oder Sonderabgabe und meint stattdessen: „daß es für die kompetenzrechtliche Zulässigkeit einer nicht-steuerlichen Abgabe nicht auf deren begriffliche Zuordnung, sondern allein darauf ankommt, ob sie den Anforderungen standhält, die sich aus der bundesstaatlichen Finanzverfassung ergeben.“

93 *Lepsius* (Fn. 88); siehe auch *Oliver Lepsius*, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Juristenzeitung (JZ) 2019, 793–802; zur Kontextualisierung gehört natürlich auch und vor allem die Einordung der Entscheidung in die zu ihrer Zeit geltenden Begrifflichkeiten.

94 BVerfGE 24, 367 – Hamburger Deichordnung (1968).

95 Das Vorkaufsrecht gibt dem Vorkaufsberechtigten das Recht, in einen Kaufvertrag auf Seiten der Käufers einzutreten, man kann auch sagen: den Käufer aus dem Vertrag zu drängen – zu den von diesem mit dem Verkäufer ausgehandelten Bedingungen (§§ 463 ff. BGB).

96 Siehe etwa *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 12 Rn. 59, mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG zur städtebaulichen Umlegung (BVerfGE 104, 1 [9 f.]): „Einen Grenzfall bildet sicher …“.

97 Genaueres dazu: § 15c I.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sche Jurisprudenz ganz besonders auszeichnet. Ich bin versucht zu sagen: Wir texten uns (und die Mitwelt) gerne zu.[98]

Das ist nicht ungefährlich. Zum einen führen immer mehr Texte zu immer mehr möglichen Widersprüchen (siehe die Zitate aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts). Zum anderen sind (Rechts-)Texte, wenn sie in der Sache nichts ändern – so wie jüngst eine Ergänzung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB[99] –, eher ein Ausdruck der Hilflosigkeit als von Tatkraft (die sie vorspiegeln sollen) und am Ende nutzloser Ballast. Zum dritten schließlich ist ein Herumwabern in Texten („Geschwurbel") ideologieanfällig: Es schafft eine, wie man heute wohl sagt, „Blase"[100], die sich immer mehr gegen die Mitwelt(en) abschottet.

Eher peinlich daher der Versuch, mit einer teuren „Stiftung Forum Recht" – geplant sind zwei Erlebniszentren in Karlsruhe und Leipzig – die Restgesellschaft mit dem real existierenden Recht vertraut zu machen.[101]

IV. „Typisch juristische" Besonderheiten (?)

48 Vielleicht ist es daher ganz schön zu sehen, dass es im Recht häufig Begriffe gibt, die sozusagen ihrem Wesen nach unscharf sind: etwa die „niedrigen Beweggründe" beim Mord (§ 211 StGB), „Treu und Glauben" im Zivilrecht (§ 242 BGB), „gerechte Abwägung" im Recht der Stadtplanung (§ 1 Abs. 7 BauGB). Statt sich für diese Unschärfe mehr oder weniger zu entschuldigen (wie Textgläubigkeit es nahelegt), sollte man ganz offensiv vertreten: Gerade auch dies lässt sich folgerichtig – also logisch – und ohne Geschwurbel „händeln".

1. Vorweg: Allgemeines zum Verhältnis von Intension und Extension

49 Wir haben soeben unter II und III getrennt die Arbeit an der Intension (dem Begriffsinhalt) und an der Extension (dem Begriffsumfang) betrachtet. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass Begriffe *immer* – sozusagen begrifflich – eine *Kombination* von Inhalt und Umfang sind. Oder semiotisch formuliert: eine Kombination der Welt[102] der Zeichen und der Welt da draußen.

In juristischen Kommentaren findet man daher üblicherweise nach der „**Definition**" eines Begriffs ein „**Beispiel**" (oder mehrere). So hieß es in einer alten Auflage des Strafgesetzbuch-Kommentars von Eduard Dreher (1907–1996) und Herbert Tröndle

98 Siehe auch sogleich Rn. 61–67 zum bauplanungsrechtlichen Abwägungsgebot.

99 Wortlaut (Hervorhebung J.L.): „Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist; die Aufstellung kann insbesondere bei der Ausweisung von Flächen für den Wohnungsbau in Betracht kommen." Der Satz nach dem Semikolon ist völlig überflüssig, denn eben dies kam immer schon „in Betracht"!

100 Ursprünglich gemünzt auf „Internetblasen", die durch die Filterfunktion von Algorithmen entstehen: *Eli Pariser*, The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You, New York 2011; deutsch: Die Filterblase. Wie wir im Internet entmündigt werden, München 2012.

101 Die Stiftung, gegründet 2019, hatte im April 2023 auf Instagram knapp über 800 Follower (https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/karlsruhe/stiftung-forum-recht-reagiert-auf-kritik-100.html <11.12.2023>).

102 Statt „Welt" könnte man auch sagen: Sinnzusammenhang (zum Begriff § 5 II Rn. 40–59).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1919–2017) zum Mordmerkmal „grausam" im Anschluss an die Definition (Zufügung von „Schmerzen oder Qualen …, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen"):

> „Grausam kann es z.B. sein, wenn eine Mutter ein einjähriges Kind planmäßig verhungern lässt (MDR/D 74, 14; NStZ 82, 379; hierzu Eser NStZ 83, 439)."[103]
>
> In den neuen, von Thomas Fischer (geb. 1953) übernommenen Auflagen ist das Beispiel durch andere ersetzt worden. – Eduard Dreher gehört übrigens zu den Juristen, die in der Zeit des Nationalsozialismus Karriere gemacht und diese Karriere danach im Bundesministerium der Justiz recht glanzvoll fortgesetzt haben.[104]

Wir haben weiter oben (§ 3 Rn. 18) auch bereits eine Art Faustregel zum Verhältnis von Extension und Intension gefunden: Je größer die Intension des Begriffs (Beispiel: Definition des Begriffs „Heimtücke"), desto kleiner die Extension (also die Anzahl Fälle, die man darunter subsumieren kann).

Darüber hinaus findet man freilich auch *besondere* Verbindungen von Intension und Extension. Bei ihnen gibt es, so kann man sagen, auf *beiden* Seiten klare und weniger klare „Merkmale" bzw. „Fälle". Insbesondere kann man kein Merkmal finden, das auf alle Fälle passt. 50

> Man erinnert sich an das Votum des Richters am US-amerikanischen Supreme Court Potter Stewart (1915–1985): Er könne zwar nicht definieren (*define*), was *hardcore pornography* ist. „*But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.*"[105]

2. Begriffe ohne abschließende Definition (insbesondere Generalklauseln)

Eine erste Form von solchen, in gewisser Weise „wertenden" Begriffen sind diejenigen, die sich nicht abschließend definieren lassen. Es gibt sie nicht nur im Recht. 51

a) Die logische Struktur: „Familienähnlichkeiten" (Wittgenstein)

Die klassische Formulierung des Phänomens findet sich vielmehr bei dem österreichischen Philosophen Ludwig Wittgenstein (wir haben ihn schon erwähnt). Sein Beispiel ist der Begriff „Spiel". Man könne ihn nicht definieren, vielmehr überschneiden und 52

103 *Eduard Dreher/Herbert Tröndle*, Strafgesetzbuch, 42. Aufl., München 1985, § 211 StGB Rn. 7; ebenso noch die 49. Auflage (1999), verantwortet von Herbert Tröndle und Thomas Fischer, damals Ministerialrat im Sächsischen Staatsministerium der Justiz. – Für Nicht-Juristen: Die Nachweise in der Klammer beziehen sich auf eine Entscheidung des BGH, die nicht in der amtlichen Sammlung erschienen ist, sondern nur in der Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr, Seite), dort mitgeteilt von Dallinger (D), und in der Neuen Zeitschrift für Strafrecht; dort auch der Aufsatz von Albin Eser.

104 *Manfred Görtemaker/Christoph Safferling*, Die Akte Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, München 2016, S. 330–336, 417–420 und öfter. – Die Rosenburg war das Gebäude in Bonn, in dem das Ministerium residierte.

105 US Supreme Court, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), S. 197.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

überkreuzen sich die Merkmale, mit denen man ihn zu fassen sucht. Wittgenstein schreibt[106]:

> „Betrachte z.B. einmal die Vorgänge, die wir »Spiele« nennen. Ich meine Brettspiele, Kartenspiele, Ballspiel, Kampfspiele, usw. Was ist allen diesen gemeinsam? – Sag nicht: »Es *muß* ihnen etwas gemeinsam sein, sonst hießen sie nicht »>Spiele<«, sondern *schau*, ob ihnen allen etwas gemeinsam ist. – Denn wenn du sie anschaust, wirst du zwar nicht etwas sehen, was *allen* gemeinsam wäre, aber du wirst Ähnlichkeiten, Verwandtschaften, sehen, und zwar eine ganze Reihe. Wie gesagt: denk nicht, sondern schau! (...) Sind sie alle >*unterhaltend*<? Vergleiche Schach mit dem Mühlfahren. Oder gibt es überall ein Gewinnen und Verlieren, oder eine Konkurrenz der Spielenden? Denk an die Patiencen. In den Ballspielen gibt es Gewinnen und Verlieren; aber wenn ein Kind den Ball an die Wand wirft und wieder auffängt, so ist dieser Zug verschwunden. (...) Denk nun an die Reigenspiele: Hier ist das Element der Unterhaltung, aber wie viele der anderen Charakterzüge sind verschwunden! (...)
>
> Und das Ergebnis dieser Betrachtung lautet nun: Wir sehen ein kompliziertes Netz von Ähnlichkeiten, die einander übergreifen und kreuzen. Ähnlichkeiten im Großen und Kleinen. Ich kann diese Ähnlichkeiten nicht besser charakterisieren als durch das Wort »Familienähnlichkeiten«; denn so übergreifen und kreuzen sich die verschiedenen Ähnlichkeiten, die zwischen den Gliedern einer Familie bestehen: Wuchs, Gesichtszüge, Augenfarbe, Gang, Temperament, etc. etc. – Und ich werde sagen: die >Spiele< bilden eine Familie."

53 In gleicher Weise lässt sich übrigens auch der Begriff „Recht" nicht abschließend definieren, vielmehr gibt es auch hier nur „Familienähnlichkeiten".[107]

> Recht ist demgemäß *in wechselnden Anteilen* gekennzeichnet durch (1) Zwang, (2) Regelung nur äußeren Verhaltens (im Gegensatz zur Moral), (3) Entscheidung durch eine neutrale Instanz, (4) Anspruch auf Richtigkeit, (5) Gewährleistung durch eine übergeordnete Instanz (z.B. den Staat), (6) Spezialisierte Rechtspflege, (7) Mittel zur Konfliktlösung, (8) Entscheidung nach Regeln (Konditionalprogrammen), (9) Systematische Durchdringung unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung, (10) Gerechtigkeit als Ziel (streitig!). Besonderes Gewicht dürften haben: (1) Zwang, (3) streitschlichtende Instanz, (4) Anspruch auf Richtigkeit, (8) Entscheidung nach Regeln.

b) Der Umgang mit Generalklauseln (Treu und Glauben, öffentliche Ordnung etc.)

54 Den klassischen Fall solcher Familienähnlichkeiten bilden im Recht die sogenannten Generalklauseln. Die bekanntesten sind aus dem Zivilrecht:

- „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" (§ 242 BGB[108]),
- „Sittenwidrigkeit" (§ 138 BGB)[109]

106 *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (englisch 1953, deutsch 1958), Nr. 66, 67, zitiert nach der Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt a.M. 1984, S. 277 f.

107 *Joachim Lege,* Recht als Kulturgut. Warum der Streit zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht unfruchtbar ist, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 93 (2007), S. 21–38.

108 Die Vorschrift lautet: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

109 „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus dem öffentlichen Recht:

- „öffentliche Sicherheit und Ordnung" im meist so bezeichneten Polizeirecht[110], das ist das Recht der Gefahrenabwehr, deshalb heißt es manchmal auch Sicherheits- und Ordnungsrecht (z.B. § 13 SOG M-V[111])
- „gerechte Abwägung" im Bauplanungsrecht (§ 1 Abs. 7 BauGB[112]).

Im Strafrecht gibt es, besser: *sollte* es keine Generalklauseln geben. Grund ist der bekannte und schon erwähnte Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz" (*nulla poena sine lege*), bei dem man den Begriff „Gesetz" weiter auffächern kann in *lex scripta* (geschriebenes Gesetz, kein Gewohnheitsrecht), *lex praevia* (gesetzliche Regelung schon vor der Tat), *lex certa* („sicheres", das heißt, bestimmt genug gefasstes Gesetz) und *lex stricta* („striktes", d.h. abschließend gemeintes Gesetz, anders gewendet: Analogieverbot).[113] Generalklauseln sind demgegenüber gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie eine in die Zukunft offene Auffangfunktion haben: Die Sitten (§ 138 BGB) können sich wandeln, demgemäß auch das, was ihnen zuwiderläuft. 55

Im Hinblick auf die Bestimmtheit ist daher in § 211 StGB das Mordmerkmal „oder sonst aus niedrigen Beweggründen" bedenklich, aber wohl unvermeidbar.[114]

Im Nationalsozialismus wurde ganz bewusst auch im Strafrecht eine Generalklausel eingefügt.[115] Sie lautete (Hervorhebung J.L.): 56

> **§ 2 StGB (1935)** Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt **oder** die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

Methodisch bietet die nähere Bestimmung der Generalklauseln – wie im Folgenden zu zeigen ist – im Grunde **keine wirklichen Probleme**. Das heißt natürlich nicht, dass die Lösungen stets gelungen wären (zur „Gelungenheit" § 31 Rn. 86–101, §§ 33, 34). 57

Und erst recht nicht, dass im Recht möglichst alles über Generalklauseln gelöst werden sollte. Dies richtet sich insbesondere gegen die Generalklausel aller Generalklauseln: den „verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" – der jedenfalls im (autoritativen) *Text* der Verfassung nicht zu finden ist. Näher dazu unten § 15b Rn. 38–51.

---

110 Obacht: Die Kriminalpolizei gehört gerade nicht dazu, sie gehört zum Recht der Strafverfolgung („Strafprozessrecht").

111 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern; die Vorschrift lautet: „Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird."

112 „Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen."

113 Statt vieler *Denis Bazak*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 1 Rn. 10–27a; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch (Fn. 44), § 1 Rn. 3–10, übrigens mit Hinweis auf die traditionellen vier „Auslegungsmethoden" (Canones, s.u. § 15d).

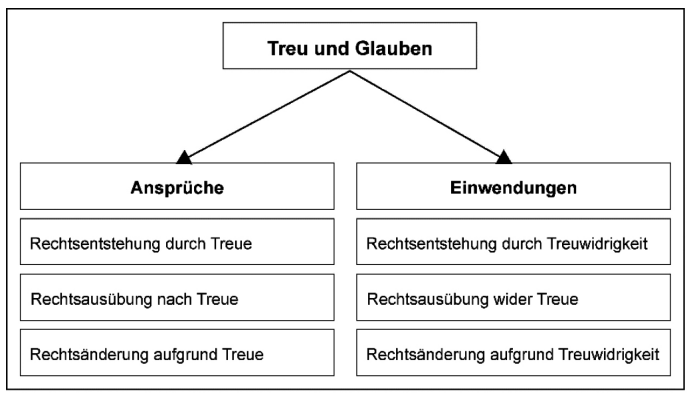
114 So wohl die gesamte Kommentarliteratur.

115 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Intensionale Ausdifferenzierung

58 Ein erster Weg, Generalklauseln näher zu bestimmen, ist ihre „Definition" durch weitere, ebenfalls unbestimmte Begriffe oder Umschreibungen – kurz: weitere Bemühungen auf der Seite des Begriffsinhalts (Intension). Erwähnt haben wir schon die Definition der *Sittenwidrigkeit* („was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht") und ihre weitere intensionale Explikation in § 138 Abs. 2 BGB („Ausbeutung", „auffälliges Missverhältnis"). Was *Treu und Glauben* betrifft, so meint die Formel in einem wirklich nur allerersten Zugriff „den Grundsatz des anständigen und rücksichtsvollen Verhaltens, das Gebot der billigen Rücksichtnahme auf die berechtigten Belange des anderen Teils"[116] – was dann etwa wie folgt weiter ausdifferenziert wird[117]:



59 Die *öffentliche Sicherheit* (Rechtsfolge: ein Verstoß gegen sie ermächtigt die Polizei zum Einschreiten) umfasst drei Aspekte: die Unversehrtheit[118] der Rechtsordnung, der „Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates", aber auch der subjektiven Rechte und Rechtsgüter der Einzelnen (vor allem Leben, Gesundheit, Freiheit[119]).

> Meist ist dies nicht so schwer zu prüfen: Was gesetzlich verboten ist, dagegen kann die Polizei vorgehen.

Schwieriger zu fassen ist die *öffentliche Ordnung* (ein Verstoß gegen sie ermächtigt ebenfalls zum Einschreiten). Sie wird definiert als die Gesamtheit der „ungeschriebenen [besser: nicht-rechtlichen[120]] Verhaltensregeln, deren Befolgung nach jeweils herr-

116 *Heinz-Peter Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl., München 2021, § 242 Rn. 3.

117 So der beeindruckende Einstieg von *Lorenz Kähler*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand 01.07.2023, § 242 Rn. 1.

118 Meist liest man: „Unverletzlichkeit" der Rechtsordnung. Das ist natürlich Quatsch: Wäre die Rechtsordnung unverletzlich, man müsste sie nicht schützen. Die *Unversehrtheit* ist das, was immer wieder gefährdet ist.

119 Siehe nur *Heinrich Lang*, Allgemeines Polizei und Ordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern. Studienbuch, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, § 3 Rn. 29.

120 Denn: Auch die zehn Gebote sind „geschrieben", freilich nicht als *rechtlich*-autoritativer Text.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schender Auffassung unerlässliche Voraussetzung für ein gedeihliches menschliches Zusammenleben ist."[121]

Beispiel: Nacktgehen[122] oder aggressives Betteln[123] wird als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung qualifiziert.

Nebenbei: Umstritten ist, ob der Begriff „öffentliche Ordnung" gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot[124] verstößt, weil er ja zu einem staatlichen Eingriff in die Freiheit ermächtigt (und ein Begriff ist eben, was aus ihm folgt[125]). Gegen die Verfassungswidrigkeit spricht freilich[126]: Das Grundgesetz selbst gewährleistet in Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit nur so weit, wie der Grundrechtsträger „nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das *Sittengesetz* verstößt" (Hervorhebung J.L.). Und mit „Sittengesetz" ist hier sicher nicht Kants kategorischer Imperativ[127] gemeint. 60

bb) Insbesondere: das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot

Ein besonders schönes Beispiel für die Ausdifferenzierung einer Generalklausel auf der Seite des Begriffsinhalts – oder gar: für „intensionale Überdeterminierung" (*Lübbe-Wolff*) – bietet schließlich das *Gebot der gerechten Abwägung* im sogenannten Bauplanungsrecht. 61

Zum rechtlichen und lebensweltlichen Hintergrund: „Bauplanungsrecht" ist im Grunde eine irreführende Bezeichnung. In Wahrheit handelt es sich um das Recht der „räumlichen Gesamtplanung" – noch lebensweltlicher: das Recht der Bewirtschaftung der knappen Ressource Grund und Boden – auf der Ebene von Städten und Gemeinden („Gemeinden" im Sinn des Kommunalrechts sind auch die Städte). Die Gemeinden stellen insofern Pläne auf: für das gesamte Gemeindegebiet den Flächennutzungsplan (unter Kennern: „F-Plan"), für einzelne Gebiete Bebauungspläne („B-Plan"). Beide werden unter dem Oberbegriff „Bauleitpläne" zusammengefasst, und für sie gilt gemäß § 1 Abs. 7 BauGB (Hervorhebung J.L.):

> **§ 1 BauGB** (1) bis (6) …
> (7) Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander **gerecht abzuwägen**.

121 *Lang*, Polizei und Ordnungsrecht (Fn. 119), § 3 Rn. 30.

122 OVG (Oberverwaltungsgericht) Münster, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1997, 1180–1181; das Nacktgehen wurde auch nicht als Kunst im Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG anerkannt.

123 Dazu etwa *Volker Holzkämper*, Die Unterbindung aggressiven Bettelns als Rechtsproblem, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, 146–149.

124 Es wird aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 Abs. 1 GG) abgeleitet.

125 Siehe oben § 5 I Rn. 14–21.

126 So im Kontext des Nacktgehens (bei Fn. 122) *Joachim Lege*, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, in: JURA 2002, S. 753–761 (760).

127 *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1758), S. 51: „handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde"; zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

62 Dieses *Abwägungsgebot* wird nun im Anschluss an eine berühmte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts[128] (BVerwG) wie folgt von der Fehlerseite her ausdifferenziert[129]:

> Ein *Verstoß* gegen das Gebot der gerechten Abwägung liegt vor, wenn
>
> - eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall),
> - einzelne relevante Belange nicht ermittelt wurden (Abwägungsdefizit),
> - einzelne Belange falsch bewertet wurden (Abwägungsfehleinschätzung),
> - die je einzelnen Belange zueinander nicht ins richtige Verhältnis gesetzt wurden (Abwägungsdisproportionalität).
>
> Zudem sollen all diese Fehler (mit Ausnahme des ersten) gemäß einer zweiten Entscheidung des BVerwG[130] sowohl im *Vorgang* als auch im *Ergebnis* der Abwägung begangen werden können.

63 Und selbst damit nicht genug: Hinzu kommen weitere Gebote wie das Gebot der planerischen Konfliktbewältigung, das in einen gewissen Konflikt mit dem Gebot der planerischen Zurückhaltung geraten kann, oder das besonders fragwürdige Gebot der Rücksichtnahme (dazu unten § 18). In den späten 1980er Jahren hat sich sogar das sogenannte „Optimierungsgebot" in das Baurecht verirrt – einzig anerkannter Fall ist allerdings § 50 des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) geblieben.[131]

> Seinen Ursprung hat das Optimierungsgebot in der Grundrechtsdogmatik, genauer: in dem Buch „Theorie der Grundrechte"[132] von Robert Alexy (geb. 1945). Wir kommen darauf zurück (§ 18 Rn. 84).

64 Es liegt auf der Hand: Die gesamte, intensional überdifferenzierte Dogmatik zum Abwägungsgebot („Abwägungsfehlerlehre") ist nicht nur ein Tohuwabohu[133] (das durch Fehlleistungen des Gesetzgebers noch verschärft wurde[134]). Sie ist auch in die-

---

128 BVerwGE 34, 301 (309) – Überschuldeter Landwirt (1969); großartig dazu: *Jörg Berkemann*, Das „Abwägungsmodell" des BVerwG (BVerwGE 34, 301 [1969]) – Entstehungsgeschichte und Legendenbildungen, in: DVBl 2013, 1280–1292.

129 In dieser Form zurückgehend auf *Werner Hoppe*, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG), in: Baurecht (BauR) 1970, 15–18 (17); insbesondere stammen die vier Termini in den Klammern nicht aus der Entscheidung des BVerwG.

130 BVerwGE 45, 309 (315) – *Flachglas* oder auch *Floatglas* (1974); erhellend dazu: *Helmuth Schulze-Fielitz*, Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: JURA 1992, 201–208.

131 Die Vorschrift lautet: „Bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen sind die für eine bestimmte Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen, dass schädliche Umwelteinwirkungen (…) auf die ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen dienenden Gebiete sowie auf sonstige schutzbedürftige Gebiete (…) *so weit wie möglich* vermieden werden." Aus dem „so weit wie möglich" folgt die Forderung nach Optimierung.

132 Baden-Baden 1986.

133 Hebräisch „tohu wa-bohu" bedeutet „wüst und leer" oder auch „wüst und wirr/chaotisch", „wüst und öd" – so wie es die Erde vor der Schöpfung war, siehe in der Bibel das Erste Buch Mose („Genesis"), Kapitel 1 Vers 1–2: „Am Anfang schuf Gott Himmel und Erde. Und die Erde war wüst und leer, und Finsternis lag auf der Tiefe; und der Geist Gottes schwebte über dem Wasser."

134 Gemeint ist insbesondere § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB, man könnte aber auch schon den im Jahr 2004 neu gefassten § 2 Abs. 3 BauGB als eine solche Fehlleistung bezeichnen. Genaueres siehe § 28 II.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ser Abstraktionshöhe kaum handhabbar, weil es an Anschauung fehlt.[135] Durchblick bekommt man daher erst durch Fallgruppenbildung. (Siehe zum Thema auch noch Rn. 73).

cc) Extensionale Ausdifferenzierung: Fallgruppenbildung (Kasuistik)

Damit zur extensionalen Seite der „Familienähnlichkeiten"! Auch hier sind, wie bei ihren „Begriffsmerkmalen", die Generalklauseln geradezu darauf angelegt, *keine* abschließende Kasuistik (Fallgruppenbildung) zu liefern. Sie *sollen* vielmehr für neue Fallgestaltungen offen sein – oder auch einmal für eine Korrektur alter Lösungen. 65

> Noch im Jahr 1975 konnte man bei einer Entscheidung zu § 138 BGB als Leitsatz finden: „Ein Vertrag, der darauf gerichtet ist, Verlobten die Übernachtung in einem Doppelzimmer gegen Entgelt zu gewähren, ist auch nach Abschaffung der Strafbestimmungen über Kuppelei wegen Sittenwidrigkeit [§ 138 BGB] nichtig."[136]

Zu der „großen" Generalklausel *Treu und Glauben* und zum bauplanungsrechtlichen *Abwägungsgebot* gibt es demgemäß in allen Kommentaren und Lehrbüchern mehr oder weniger umfangreiche Fallgruppen (die natürlich wieder unter einem Begriff oder Schlagwort zusammengefasst werden können; rein alphabetische Aufzählungen gibt es aber auch). 66

> Bekannte Fallgruppen von „Treu und Glauben" sind das *venire contra factum proprium* (Zuwiderhandeln gegen das eigene Vorverhalten) und das *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (arglistig handelt, wer etwas verlangt, das er sofort wieder zurückgeben müsste).
>
> > Ohnehin ist der Grundsatz von Treu und Glauben eine Art Nachfolger der *bona fides* (guter Glaube, gutes Vertrauen) im Römischen Recht. Er gilt übrigens nach allgemeiner Ansicht nicht nur für Schuldverhältnisse (wie der autoritative Text[137] des § 242 BGB sagt), sondern für die gesamte Rechtsordnung, insbesondere auch für das Öffentliche Recht. Es handelt sich, so eine schöne neue Formulierung, um eine „zentrale Rechtsnorm, die Fairness im Rechtsverkehr einfordert".[138]

---

135 Siehe nochmals *Kant* (Fn. 10): „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind."

136 Zu Amtsgericht (AG) Emden, in: NJW 1975, 1363 f.; es ging um eine Pension auf der Insel Borkum, die Verlobten mussten wieder abreisen. – Dass es einmal einen Straftatbestand der allgemeinen Kuppelei gab (§ 180 Abs. 1 StGB a.F.), ist heute vermutlich kaum noch bekannt, er lautete von 1927 bis 1970:

„§ 180 Abs. 1 StGB (1) Wer gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz durch seine Vermittlung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet, wird wegen Kuppelei mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft; auch kann zugleich auf Geldstrafe, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Gefängnisstrafe bis auf einen Tag ermäßigt werden."

Strafbar ist heute noch die Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (§ 180 StGB).

137 Zum Begriff § 14 II und III.

138 *Claudia Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2022, § 242 Rn. 2. – Die Formulierung ist besonders schön, weil sie den Grundsatz tiefer hängt, als es die herkömmliche Lehre tut („rechtsethisches Prinzip"), dies übrigens im Anschluss an *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, S. 421 ff. – Zur Skepsis gegenüber der „Ethik" (die meisten

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

67 Die extensionalen Fallgruppen betreffend das „Abwägungsgebot" treffen sich zum kleineren Teil mit den schon erwähnten intensionalen Erweiterungen („Geboten"). Zum größeren Teil gehen sie darüber hinaus, und es werden dann etwa die Fälle mit Berührung von „Umweltbelangen" oder von „Eigentum" als wichtigen abwägungsrelevanten Belangen zusammengefasst. Der „Klimaschutz"[139] wird das nächste große Feld eröffnen, nicht zuletzt angesichts des neuen § 13 Abs. 1 Satz 1 Bundesklimaschutzgesetz (KSG)[140].

c) Kurzes Fazit zu den Generalklauseln

68 All dies zeigt, dass bei der Begriffsbildung im Rahmen von Generalklauseln Intension und Extension in besonderer Weise variabel zusammenhängen. Das ändert aber nichts an der logischen Struktur, die dem zu Grunde liegt.

3. Begriffe als Kompetenzproblem: die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe

69 Auch die sogenannten „unbestimmten Rechtsbegriffe" sind methodisch (und methodologisch[141]) kein wirkliches Problem. Sie weisen aber in besonderer Weise darauf hin, dass es bei der Interpretation von Begriffen unterschiedliche Sinnzusammenhänge gibt (zum Begriff § 5 Rn. 40–59) – und dass Juristen in sie mehr oder weniger Einblick haben können.

Dass „wir Juristen" in fast allen Fragen Laien sind, wurde schon erwähnt (und auch, dass dieser Spruch von einem hochrangigen Richter stammt).

a) Unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum

70 „Der" unbestimmte Rechtsbegriff ist im Wesentlichen ein Phänomen des Verwaltungsrechts. Er dient dort zur Abgrenzung von Kompetenzen.

Im Grundsatz gehen die (Verwaltungs-) Gerichte davon aus: Wegen der Bindung aller Staatsgewalt an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG[142]) darf eine jede Maßnahme der öffentlichen Verwaltung von den Gerichten *in vollem Umfang* daraufhin überprüft werden, ob sie rechtmäßig ist (siehe auch Art. 19 Abs. 4 GG[143]). Methodisch bedeutet dies: Die gesamte „Auslegung und Anwendung" des Rechts seitens der Verwaltungsbehörde

---

meinen damit: Moral) unten § 31 I; zur auch ästhetischen Bedeutung von „fair" unten § 31 Rn. 104. – Zu Karl Larenz § 1 Rn. 23.

139 Bahnbrechend die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021 (BVerfGE 157, 30). Erste Schneisen im Bauplanungsrecht schlägt *Michael Sauthoff*, Durchsetzung des Klimaschutzes im Baurecht, in: Klima und Recht (KlimR) 2021, 11–15.

140 Wortlaut: „Die Träger öffentlicher Aufgaben haben bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck dieses Gesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen."

141 Methodologie ist die Lehre von den Methoden. Man könnte also auch sagen: Unbestimmte Rechtsbegriffe sind sowohl praktisch als auch theoretisch kein wirkliches Problem.

142 Wortlaut: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden."

143 Wortlaut: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. (…)" Dies ist freilich nur eine prozessrechtliche Vorschrift, sie sagt über den sachlichen Prüfungsumfang noch nichts aus.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– kurz: die gesamte Interpretation der relevanten Regeln und die Subsumtion des Falls unter sie (§§ 8–10) – wird vom Gericht nochmals ganz genau so vorgenommen, wie es schon die Verwaltungsbehörde getan hat. Oder, wenn ihr ein Fehler unterlaufen ist: wie sie es hätte tun müssen. Kurz und gut: Es gibt zu Gunsten der Behörde keinen gerichtlich unüberprüfbaren (wenn man so will: „gerichtsfreien") Beurteilungsspielraum.

Dies gilt nun auch dann, wenn Begriffe „unbestimmt" sind, weil sie einen besonders „wertenden" Charakter haben. Das bekannteste Beispiel ist der Begriff „Zuverlässigkeit" im Gaststättenrecht (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG[144]). Ob ein Gastwirt so zuverlässig ist, dass man ihm einen Publikumsverkehr anvertrauen kann, entscheidet am Ende das Verwaltungsgericht selbst,[145] es ist nicht in irgendeiner Weise an die Einschätzung der Behörde gebunden. Deshalb kann das Gericht auch ohne weiteres zur Aufklärung des Sachverhalts weitere Beweise erheben (Amtsermittlungsgrundsatz, § 86 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO). 71

b) Unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum

Demgegenüber gibt es aber auch unbestimmte Rechtsbegriffe *mit* einem Beurteilungsspielraum der Behörde – einem Spielraum, innerhalb dessen das Gericht im wahrsten Sinn des Wortes manches *gelten lassen* muss – als autoritativen Text! (§ 14 Rn. 22) –, was es selbst anstelle der Behörde vielleicht anders gemacht hätte. 72

> Klassisches Beispiel: Prüfungsentscheidungen. Wird eine Prüfung angefochten, so darf das Gericht nicht alle Klausuren selbst erneut korrigieren und bewerten (von einem Nachholen der mündlichen Prüfung ganz zu schweigen). Vielmehr darf es nur prüfen, ob es bei der Beurteilung durch die Prüfer grobe Fehler („dicke Hunde"[146]) gegeben hat: Bewertung einer vertretbaren Meinung als falsch,[147] unsachliche Kommentare, fachfremde Fragen in der mündlichen Prüfung, unfaires Verhalten. Der Grund liegt letztlich im Gleichheitssatz: Nur die Prüfer hatten *alle* Kandidaten vor sich, deshalb ist die Leistung des *einzelnen* Prüflings auch nur im Vergleich mit allen anderen angemessen zu bewerten.

Im Verwaltungsrecht haben sich daher im Wesentlichen vier Fallgruppen herausgebildet,[148] in denen einer Behörde solche Beurteilungsspielräume zugestanden werden: 73

144 Wortlaut: Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunke ergeben ist oder befürchten läßt, daß er Unerfahrene, Leichtsinnige oder Willensschwache ausbeuten wird oder dem Alkoholmißbrauch, verbotenem Glücksspiel, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, des Arbeits- oder Jugendschutzes nicht einhalten wird." – Man merkt an der Diktion: Es ist ein uraltes Gesetz.

145 Immer noch völlig unstreitig (was selten vorkommt).

146 Zur „Dicker-Hund-Theorie" in anderem Kontext *Joachim Lege*, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre"? Aufräumarbeit und stille Verschiebungen im Bauplanungsrecht, in: DÖV 2015, S. 361–374 (362, *364*, 365, 372, 373, 374).

147 Bereits hier: „Vertretbare" Entscheidungen sind *rechtlich* „eigentlich falsch", *juristisch* aber „noch richtig"; genauer dazu unten § 33 II.

148 Bei *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 37–42, kommen noch hinzu: prüfungsähnliche Entscheidungen (z.B. Versetzungszeugnis), politische Entscheidungen (z.B. Stellenplanung).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Prüfungsentscheidungen (siehe oben),
- Entscheidungen weisungsfreier Gremien (z.B. die Gremien bei der – wie sie bis 2021 hieß – Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien[149]),
- beamtenrechtliche Beurteilungen,
- (manche) Risiko- und Prognoseentscheidungen.

In all diesen Fällen steckt, sozusagen, die Behörde „tiefer drin" in der Materie, so dass ein Gericht ihre Entscheidung weder völlig nachvollziehen noch gar besser treffen könnte.

74 Deshalb sind, um dies nachzutragen, auch die Abwägungsentscheidungen einer Gemeinde bei der Aufstellung von Bauleitplänen (s.o. Rn. 61–64) gerichtlich nicht voll überprüfbar – das Gericht kann es auch nicht besser! –, sondern nur im Hinblick darauf, ob der Gemeinde „Abwägungsfehler" unterlaufen sind. Allerdings haben die Gerichte insofern wohl von Anfang an ein viel zu feines Raster angewendet, so dass sie selbst – und ihnen folgend der Gesetzgeber – zurückrudern mussten: Viele Abwägungsfehler sind von vornherein „unbeachtlich" (§ 214 Abs. 1 und 2 BauGB), oder sie werden dies nach einem Jahr (§ 215 Abs. 1 BauGB). Das Ganze ist mittlerweile eine Wissenschaft für sich.[150]

75 Wie bei den Generalklauseln lässt sich übrigens auch bei den unbestimmten Rechtsbegriffen gelegentlich ein gesellschaftlicher Wandel beobachten.

Die Einstufung von Weinen als „Qualitätswein" oder „Spätlese" o.ä. hielt das Bundesverwaltungsgericht bis zum Jahr 2007 für gerichtlich voll überprüfbar,[151] seither gesteht es den Prüfern einen Beurteilungsspielraum zu.[152] – Übrigens einer der ganz seltenen Fälle, in denen ein oberstes Gericht seine frühere Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben hat.

c) Parallele: Einschätzungsprärogative im Staatsrecht (Regierung, Gesetzgebung)

76 Sozusagen „dasselbe in Grün" wie der Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht ist im Staatsrecht die Lehre von der „Einschätzungsprärogative" des Gesetzgebers oder sonstiger Organe[153] des Staates. Auch hier gilt: Die Gerichte – auch das Bundesverfassungsgericht – dürfen sich nicht als die bessere Bundesregierung oder als der bessere

149 Mittlerweile heißt sie „Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz"; ich fand und finde die alte Bezeichnung treffender.

150 Sie wird dadurch weiter verkompliziert, dass (1) ein neuer § 2 Abs. 3 BauGB, in Umsetzung europäischen Rechts, formelle Fehler der Bauleitplanung schärfer sanktionieren wollte und (2) die Gerichte, um zu einem „Ewigkeitsfehler" zu kommen, auf § 1 Abs. 3 BauGB ausweichen (sog. Planerforderlichkeit). Kritisch dazu *Lege*, „Abwägungsfehlerlehre", in: DÖV 2015, S. 361–374.

151 BVerwGE 94, 307 – Weinprüfungskommission I (1993).

152 BVerwGE 129, 27 – Weinprüfungskommission II (2007).

153 Als „Organ" bezeichnet man die rechtlich geschaffene Einrichtung eines Rechtsträgers (zum Beispiel des Bundes), die dessen Zuständigkeit für ihn wahrnimmt. Eine „Behörde" ist dann dasjenige Organ, das die Zuständigkeit „nach außen", also zum Bürger hin, wahrnimmt. „Behörde" ist demgemäß in Städten und Gemeinden der Bürgermeister, an der Universität die Rektorin und in der Fakultät der Dekan. – Altgriechisch *órganon* bedeutet eigentlich „Werkzeug" (und *érgon* übrigens „Werk", auch „Arbeit", daher die Ergonomie).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gesetzgeber aufführen. Sie stecken, sozusagen, in den politischen Sinnzusammenhängen (§ 5 Rn. 40–59) nicht tief genug drin. Was sie freilich überprüfen dürfen und müssen, ist, ob (mehr oder weniger grobe) Fehler gemacht wurden.

Ein klassisches Beispiel ist insoweit die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Auflösung des Bundestages 1982. 77

> Zum Sachverhalt: Der damalige Bundeskanzler Helmut Schmidt (1918–2015) wurde getragen von einer Regierungskoalition aus SPD und FDP. Die FDP[154] schwenkte während der Wahlperiode zur CDU/CSU um und wollte mit ihr gemeinsam den CDU-Vorsitzenden Helmut Kohl (1930–2017) zum neuen Kanzler machen. Dabei wurde der Öffentlichkeit versprochen, dass alsbald Neuwahlen durchgeführt würden. Die Realisierung dieses Plans erwies sich allerdings als schwierig, weil der Bundestag kein Recht zur Selbstauflösung hat. Verfahren wurde daher wie folgt: Zunächst wurde Helmut Kohl mit den Stimmen von FDP und CDU gemäß Art. 67 GG zum neuen Kanzler gewählt (sog. konstruktives Misstrauensvotum). Anschließend stellte er die sogenannte Vertrauensfrage gemäß Art. 68 GG. Die SPD stimmte dabei gegen Kohl, CDU/CSU und FDP enthielten sich der Stimme. Daraufhin löste Bundespräsident Karl Carstens (1914–1992), von Beruf übrigens Professor für Staatsrecht, den Bundestag auf.

Es liegt auf der Hand, dass dies reichlich *tricky* war. Das Grundgesetz ging und geht nämlich, wenn man den Text systematisch interpretiert, offensichtlich von dem folgenden politischen *framing* aus (zum Begriff *framing* § 35 Rn. 49): Wenn es in einer Regierung einmal kriselt, möge der Bundestag – als die für vier Jahre legitimierte Vertretung des Volkes – sich für eine neue Regierung zusammenraufen und einen neuen Kanzler wählen (Variante 1). Reicht es dafür nicht, kann der Kanzler das Spiel durch die Vertrauensfrage beenden und entweder scheitern oder gestärkt aus ihm hervorgehen (Variante 2). Was „nicht geht", weil außerhalb dieses Rahmens (*framing*), ist: dass die Mehrheit im Bundestag zunächst einem neuen Kanzler das Vertrauen ausspricht (indem sie ihn zum Kanzler wählt) und ihm das Vertrauen gleich darauf wieder entzieht (man könnte sagen: in einem *venire contra factum proprium*, s.o. Rn. 66). Dies liefe nämlich auf jenes Selbstauflösungsrecht des Bundestages hinaus, das im Grundgesetz offenbar bewusst nicht vorgesehen ist – teils wegen der historischen Erfahrungen in der Weimarer Republik, teils folgenorientiert („teleologisch"): Wenn der Kanzler ein Hoch in den Umfragen für Neuwahlen ausnutzen will – soll man ihm dann erlauben, sich pro forma das Misstrauen aussprechen zu lassen? 78

Das BVerfG hat den Fall daher wie folgt gelöst[155]: Zunächst hat es – wir kommen darauf zurück (§ 16 Rn. 48–49) – in den Art. 68 GG[156] ein **ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal** hineingelesen. Die Vertrauensfrage dürfe nur gestellt werden, wenn eine echte Regierungskrise vorliegt („**materielle Auflösungslage**"). *Ob* eine solche Krise vorliegt, unterliegt allerdings der **Einschätzungsprärogative** des Bundeskanzlers. Das Bundesverfassungsgericht könne und dürfe nur prüfen, ob er sich eine grobe Fehleinschätzung (letztlich Willkür[157]) hat zuschulden kommen lassen. Dies wurde 79

154 Damals offiziell noch „F.D.P.". Die Punkte gingen erst im Internet-Zeitalter verloren.

155 BVerfGE 62, 1 – Bundestagsauflösung I (Kohl) (1983).

156 Text: „Art. 68 (1) Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen. Das Recht zur Auflösung erlischt, sobald der Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt. (2) Zwischen dem Antrage und der Abstimmung müssen achtundvierzig Stunden liegen."

157 Zur „Dicker-Hund-Theorie" siehe Fn. 146.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Fall Kohl verneint, vor allem mit Hinweis darauf, dass er die FDP als wackeligen Partner ansehen durfte.[158]

80 Das Signal an die Welt der Juristen bzw. den SINNZUSAMMENHANG des Staatsrechts war klar: Diesmal lassen wir es gerade noch durchgehen. Im SINNZUSAMMENHANG der Politik ist es anders angekommen: Wenn es hart auf hart kommt, wird Karlsruhe einknicken. So ist es denn auch bei der nächsten Vertrauensfrage gekommen – gestellt im Jahr 2005 vom SPD-Bundeskanzler Gerhard Schröder (geb. 1944), auch er übrigens Jurist.

Das Motiv des Kanzlers Schröder war schlicht: Wie bekomme ich den Verlust der SPD bei den Landtagswahlen in Nordrhein-Westfalen vom Platz 1 in den Schlagzeilen? (es hat geklappt, sogar bei der Frankfurter Allgemeinen Zeitung – FAZ). Allerdings hat sich Schröder dann, was Angela Merkel angeht, in seiner politischen Einschätzung grob vertan: Sein Auftritt im Fernsehen nach der verlorenen Neuwahl ist legendär.

Übrigens wird wohl auch die „Bundestagsauflösung nach Vertrauensfrage" für alle Zeit ein *hard case* bleiben.

81 Eine Einschätzungsprärogative kommt natürlich auch und vor allem dem **Gesetzgeber** zu (man spricht auch von „Gesetzgebungsermessen"[159]). Oder besser: *sollte* auch ihm zukommen. Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich, nicht zuletzt unter Rückgriff auf die Grundrechte und den allgegenwärtigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (der, wie erwähnt, im Grundgesetz *nirgends* steht), die Kontrolle der Legislative so weit getrieben, dass die real existierende Gewaltenteilung durchaus bedroht erscheint.[160]

Eindeutig der Titel einer Schrift von Bernd Rüthers (1930–2023): „Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden."[161] – Rüthers ist seinerzeit (1968) berühmt geworden durch seine überaus mutige Habilitationsschrift „Die unbegrenzte Auslegung".[162] In ihr hat er, wie schon erwähnt, als erster die Rolle der deutschen Justiz und Jurisprudenz im Nationalsozialismus aufgearbeitet.

Wir werden auf die Interpretation der Verfassung noch ausführlich zurückkommen (§ 15c Rn. 39–45).

82 Dass die Abgrenzung von Verfassungsänderung und Verfassungsinterpretation ein nicht nur theoretisches, sondern eminent praktisches Problem aufwirft, zeigt schon Art. 79 GG: Die Verfassung *ändern* darf nur der Gesetzgeber, und dies auch nur unter erschwerten Bedingungen. Weiteres dazu unter § 15c Rn. 46–66.

d) Resümee: *quis iudicabit* (wer wird/soll entscheiden?)

83 Festzuhalten bleibt: Bei der Interpretation von Rechtsbegriffen – und um vorzugreifen: bei der „Auslegung und Anwendung des Rechts" überhaupt – kommt es noch vor

158 BVerfGE 62, 1 (52 ff) – Bundestagsauflösung I (Kohl) (1983).

159 Grundlegend *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, Berlin etc. 2000.

160 … und ohne Gewaltenteilung gibt es keine Freiheit, siehe klassisch *Montesquieu*, De l'Esprit des Lois (1748), Buch XI Kapitel 6; deutsch: Vom Geist der Gesetze, 2 Bände, Tübingen 1992.

161 Tübingen 2014; 2. Auflage 2016.

162 Tübingen 1968; 9. Auflage (!): Tübingen 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Frage, *wie* zu entscheiden ist, häufig darauf an, *wer* entscheiden sollte. Anders gewendet:

> Viele Methodenfragen sind in einem ersten Schritt Kompetenzfragen. Wer hat zu welcher Rechtsfrage „das letzte Wort"?

Ob allerdings, wie es manchmal heißt, sogar *alle* Methodenfragen Verfassungsfragen sind, erscheint zweifelhaft. Ich persönlich halte das für „einen Tick zu viel". 84

> Gelegentlich plädiere ich auch dafür, nicht immer alles über die *Verfassung* zu lösen, sondern möglichst schon mit Hilfe des einfachen Rechts,[163] zum Beispiel des sogenannten Polizeirechts (also des Rechts der Gefahrenabwehr).[164] Wenn die Deutsche Fußballliga (DFL) als Veranstalterin der Fußball-Bundesliga jedes Wochenende Massen von teils unberechenbaren Menschen im öffentlichen Raum mobilisiert, dann stört sie dadurch – ganz wertfrei! – die „öffentliche Sicherheit" (siehe oben). Daher ist es schon einfachrechtlich gerechtfertigt, nämlich nach den Landespolizeigesetzen (in Mecklenburg-Vorpommern nach dem SOG), die DFL an den Kosten der Polizeieinsätze jedenfalls bei sogenannten „Risikospielen" zu beteiligen. Offenbar traut sich aber kein Gericht, die DFL als „Störer" zu qualifizieren. Daher hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) ein Gesetz des Landes Bremen, das den Kostenersatz ermöglicht, letztlich nur durch eine Hintertür gerechtfertigt, nämlich mit Hilfe des Abgaben-Verfassungsrechts.[165] (Dass dieses Rechtsgebiet infolge schlechten Fallrechts so unübersichtlich geworden ist, dass man im Konfliktfall relativ leicht für beide Seiten die Zitate findet, wurde schon erwähnt.[166]) Soeben hat das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsprechung bestätigt.[167]

4. Resümee: wirklich „typisch juristisch"?

Es dürfte sich gezeigt haben: Bei der Interpretation von „typisch juristischen" Begriffen geht es zu wie im sonstigen Leben auch: 85

> Erstens. Die Welt ändert sich, also ändern sich auch die Begriffe (man denke an den Begriff „Geschlecht"!). Und je stärker Begriffe darauf angelegt sind, sozialen Wandel zu berücksichtigen, desto weniger bestimmt können sie sein (man denke an „Gerechtigkeit").
>
> Zweitens. Man kann über die Bewertung von Lebenssachverhalten unterschiedlicher Meinung sein. Deshalb muss irgendjemand das letzte Wort haben. Dies gilt gerade auch bei der Interpretation von Begriffen.

---

163 *Lege*, Verfassungsrechtsdogmatik (Fn. 89), S. 245: „Mehr Respekt vor dem einfachen Recht!".

164 *Joachim Lege*, Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen. Zugleich eine Anmerkung zum OVG Bremen und ein persönlicher Rückblick auf 20 Jahre Profi-Fußball, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl.) 2018, 353–357 (357). – Siehe auch schon *Joachim Lege*, Polizeieinsätze bei Fußball-Bundesligaspielen. Zugleich ein Beitrag zum Begriff der Gefahrverursachung, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch) 87 (1998), S. 71–92.

165 BVerwGE 165, 138 – Polizeikosten bei Bundesligaspielen (2019).

166 Siehe oben Rn. 44 mit Fn. 90-92.

167 BVerfG, Urteil vom 14.01.2025 – 1 BvR 548/22 – Polizeikosten Hochrisikospiele; dazu *Joachim Lege*, Hochrisikospiele und die Gleichheit vor dem Gebührenbescheid, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl) 2025, 129-131; *Joachim Lege*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen – One size fits all?, Juristenzeitung (JZ) 2025, 477-484.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ein richtig verstandenes Recht muss beides berücksichtigen. Und es kocht insofern immer nur mit Wasser, nicht mit höheren Werten.

V. Zusammenfassung zur Begriffsbildung

86 Wir können zum ersten Teil unserer „Interpretationstrilogie", also zu den Überlegungen betreffend die Begriffsbildung in Rechtsregeln (§ 15a), kurz zusammenfassen:

> Rechtsbegriffe sind Begriffe wie andere Begriffe auch. Sie funktionieren in einem Zusammenspiel von Intension (Begriffsinhalt, „Text") und Extension (Begriffsumfang, „Fälle", Beispiele).

87 Eine erste Herausforderung besteht darin, dass es unscharfe („vage"[168]) Begriffe gibt – im Recht („Treu und Glauben") wie im Leben (man denke an den Begriff „Liebe"). Diese Unschärfen werden im Recht wie im Leben mehr oder weniger gut bewältigt, sei es auf der Seite der Intension (weitere Definitionen oder Umschreibungen in einem prinzipiell unendlichen Regress[169]) oder auf der Seite der Extension (immer mehr Fälle mit immer mehr Ausnahmen und Unterausnahmen). Am Ende ist es eine Frage noch bewältigbarer Komplexität: Wann verlieren wir die Übersicht?

> Antwort: spätestens bei sieben Elementen (*seven items*),[170] meist schon bei mehr als fünf. Wenn es also in diesem Sinn zu viele werden, muss man sie zu Untergruppen zusammenfassen – deshalb auch diese Interpretationstrilogie (§ 15a, § 15b, § 15c). – Luhmann nennt dies übrigens: *eigene* Komplexität aufbauen (hier also: eigene Untergruppen bilden), um die Komplexität der „Umwelt" auf ein für *unsere* Welt erträgliches Maß zu reduzieren („Reduktion von Komplexität").[171]

88 Die zweite Herausforderung hängt mit der ersten zusammen: Jeder von uns bringt bei der Begriffsbildung ein anderes „Vorverständnis" mit, jeder hat einen anderen Interpreten-Horizont,[172] jeder ist eine jeweils andere und ganz individuelle „Welt",[173] ein ganz anderer Sinnzusammenhang (siehe auch § 24a Rn. 51–52). Deshalb kommt es bei allen Interpretationen der „Umwelten" – und besonders bei der Interpretation

168 Lateinisch *vagus* bedeutet eigentlich „reisend, umherschweifend, schwankend" – daher der Vagabund – und erst in zweiter Linie „ungenau, unbestimmt".

169 Siehe nochmals *Carsten Bäcker*, Juristisches Begründen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327 (324): Es sei geradezu verstörend, dass „die Subsumtion im Grunde endlos fortzuführen ist". – Ausgehend von der Semiotik könnte man auch an zwei Asymptoten denken, die sich theoretisch erst im Unendlichen treffen, und praktisch schließt sich dann doch der Kreis (*Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 235).

170 Bekannt als *Miller's Law*, erstmals vorgestellt von *George A. Miller* in dem viel zitierten Aufsatz „The Magical Number Seven, Plus or Minus Two. Some Limits on Our Capacity for Processing Information", in: Psychological Review. 63 (1956), 81–97. - Möglicherweise geht diese Erkenntnis aber schon auf John Locke zurück.

171 „Reduktion von Komplexität" ist einer der wichtigsten Bausteine der Systemtheorie. Er geht von der These aus, „dass die Umwelt für jedes System komplexer ist als das System selbst" – man denke an Reizüberflutung! –, und kommt zu dem Schluss: „Nur Komplexität kann Komplexität reduzieren" (man könnte auch sagen: nur Ordnung kann Ordnung in die Welt bringen); beide Zitate: *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 48 f.

172 Zum Empfängerhorizont bereits § 15 Rn. 4.

173 *Luhmann* spricht daher, wenn zwei solcher Welten aufeinandertreffen, ein wenig abschreckend von „doppelter Kontingenz" (Soziale Systeme [Fn. 171], S. 148 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vager Begriffe – am Ende darauf an, wer das letzte Wort hat (*quis iudicabit*). Wer diese Letztentscheidungskompetenzen haben *sollte* – das ist dann wieder eine ganz andere Frage.

In einer Demokratie ist es zum Beispiel die Mehrheit.

Schließen kann man vielleicht mit Vorüberlegungen zu einer Art **Begriffsethik**, etwa in dieser Art: Wie man Begriffe verwendet, ist letztlich eine Frage des richtigen – im Sinne „guten" – Handelns. Deshalb sollte man Begriffe möglichst klar fassen und möglichst konsequent, jedenfalls nicht willkürlich verwenden. Und dies ist letztlich eine Frage der Logik (als Lehre von der Folgerichtigkeit, § 4). 89

Mit Blick auf den „Empfängerhorizont" lässt es sich auch so formulieren: Wer ernst genommen werden will, sollte seine Begriffe konsequent verwenden.

Berühmt ist aus dem chinesischen Kulturkreis übrigens eine Passage aus den Gesprächen des Konfuzius (ca. 551–479 v.Chr.): 90

„Der Schüler Dse-lu sprach zu Konfuzius: ‚Wenn Euch der Herrscher des Staates Wē die Regierung anvertraute, was würdet Ihr zuerst tun?' Der Meister antwortete: ‚Unbedingt die Bezeichnungen richtigstellen. Denn wenn die Begriffe nicht stimmen, so entspricht das, was man sagt, nicht den Tatsachen. Entspricht, was man sagt, nicht den Tatsachen, so werden die Handlungen der Regierung ohne Erfolg bleiben. Bleiben die Handlungen der Regierung ohne Erfolg, so verlieren Riten und Rituale ihre Wirkkraft. Verlieren Riten und Rituale ihre Wirkkraft, so werden Züchtigungen und Strafen ohne Maß erteilt. Werden Züchtigungen und Strafen ohne Maß erteilt, so weiß das Volk nicht mehr aus noch ein.'"[174]

174 Eigene Fassung nach *Konfuzius*, Gespräche des Meisters Kung (Lun Yü), 5. Aufl., München 1992 (erstmals 1985), S. 91 f., und *Konfuzius*, Gespräche, 5. Aufl., Leipzig 1991 (erstmals 1982); beide Fassungen – West und Ost – weichen durchaus bemerkenswert voneinander ab. – Die „Gespräche" stammen aus dem 5. Jahrhundert vor Christus. – Kann man heute statt „Riten und Rituale" vielleicht sagen: Regeln des Anstands? Und statt „so werden Züchtigungen und Strafen ohne Maß erteilt": so wird der Ruf nach dem Strafrecht immer häufiger?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 15b Regeln (Rechtssätze) interpretieren II: Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes

1 Wir haben uns in § 15a ausführlich mit der Bildung von *Begriffen* beschäftigt – also mit den kleinsten sinntragenden logischen Einheiten. Wir wollen uns nun mit der Kombination dieser kleinsten Einheiten in **Aussagen** beschäftigen, und zwar in solchen Aussagen, die in **Rechtssätzen** formuliert sind und daher als Objekt eine **Rechtsregel** haben. Derartige Rechtsaussagen – zum Beispiel die Aussage des Satzes „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich" (Art. 3 Abs. 1 GG - Grundgesetz) – sind nämlich in ihrer Ganzheit ein gewisses „Mehr" als die Summe ihrer Bestandteile. (Marx würde sagen: Sie enthalten ein *Surplus*, einen Mehrwert.) Dieses „Mehr" besteht darin, dass Aussagen – und eben *erst* Aussagen – den Anspruch auf Wahrheit oder allgemeiner: auf Richtigkeit erheben können (siehe schon § 5 II).

Zur klassischen Einteilung der Logik in die Trias „Begriff – Aussage („Urteil") – Schlussfolgerung" siehe bereits oben § 5.

2 Zu der semiotischen Trias von „Zeichen – Bedeutung – Objekt" soeben unter § 15 und § 15a Rn. 1. Dort auch der Hinweis darauf, dass man schon in der Antike gesehen hat: Zwei dieser Eckpunkte sind körperlich: das Zeichen (hier der Rechtssatz in einem autoritativen Text) und das Objekt (die Regel, wenn man ihr „ganz real" folgt oder gerade nicht), einer ist unkörperlich (ein „Gedanke"), hier die **Aussage**, die der Rechtssatz über die **Regel** trifft. Eine Aussage, über deren Richtigkeit[1] man gelegentlich trefflich **streiten** kann:

Was will uns der (Gesetzes-) **Text wirklich sagen**?

Nebenbei: Text heißt wörtlich „Gewebe" (daher auch die Textilien).

3 Wir wollen im Folgenden zunächst kurz in Erinnerung rufen, woraus Rechtsregeln bestehen, nämlich aus einer Kombination von Tatbestand und Rechtsfolge: „Wer einen Straftatbestand erfüllt, hat als Rechtsfolge eine Strafe zu erwarten" (I).

Sodann wollen wir uns, weil die Tatbestandsseite in § 15a schon genug Beachtung gefunden hat, gleich doppelt mit der Rechtsfolgenseite beschäftigen: zunächst mit der Frage, wie eine konkrete Rechtsfolge bestimmt werden kann (II), sodann mit der Frage, ob es dabei Spielräume gibt und wo sie ihre Grenzen haben (III; dass dies an § 15a Rn. 70–75 erinnert – Beurteilungsspielraum –, wird nicht verwundern). Zum Abschluss werden wir uns mit Rechtssätzen beschäftigen, bei denen die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtsfolge weniger deutlich ist und die deshalb „irgendwie als Ganzes" zu interpretieren sind (IV), so zum Beispiel der schlichte Satz: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich" (Art. 3 Abs. 1 GG).

4 In ihn wird bekanntlich weit mehr hineininterpretiert. Nach ganz herrschender Meinung bedeutet er vor allem:

> „Art. 3 Abs. 1 GG verbietet insbesondere, wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln."[2]

---

1 Nochmals: Das Potential von Aussagen ist Wahrheit bzw. Richtigkeit (§ 5 II).

2 So etwa BVerfGE 23, 98 (107) – Ausbürgerung (1968), hier noch bezogen allein auf die Gesetzgebung (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Oder auch:

„Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird."[3]

Oder grob gesagt:

„Wesentlich Gleiches ist gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln."

I. Die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge

Um es im Folgenden terminologisch einfach zu halten (*keep it simple*): **Rechtsregeln** bestehen aus einer Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge. 5

Allerdings muss erwähnt werden, dass in dieser Weise üblicherweise nicht die Rechts*regel*, sondern der Rechts*satz* definiert wird: Tatbestand plus Rechtsfolge.

Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch: Ein „Rechtssatz" *formuliert* in einem autoritativen Text (§ 14 II und III) die normative Aussage, dass eine bestimmte Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge als Rechtsregel gilt. Oder kürzer: Ein Rechtssatz ist die normative Aussage über eine (Rechts-) Regel. Und ganz genau genommen ist weder die Regel zu interpretieren noch der Rechtssatz oder die Aussage, sondern – der Text!

Siehe nochmals die Formulierung von Hollerbach: „Interpretation von vorgegebenen Norm-Texten oder doch jedenfalls von satzhaft formulierbaren normativen Aussagen" – man ergänze: vor allem über Regeln.[4]

Aber man muss gelegentlich vereinfachen, solange klar bleibt, was in der Sache gemeint ist. Hier ist gemeint: Die Rechts**regel** ist eine *reale* Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge „da draußen" in der Welt. Sie wird in einem Rechts**satz** formuliert, und diese Formulierung weist zwei Besonderheiten auf. 6

1. Das „wenn"

Rechtssätze sind konditional formuliert: „Wenn" der Tatbestand X vorliegt, dann soll die Rechtsfolge Y eintreten. Das „wenn" muss nicht ausdrücklich im Text erscheinen, im Deutschen kann man es sogar sehr häufig durch die Satzstellung vermeiden („wer" den Tatbestand X erfüllt, dem blühe die Rechtsfolge Y; „handelt" jemand so oder so, soll ihm dies so oder so vergolten werden). In Gedanken ist das „wenn" aber auch in derart formulierten Konditionalsätzen stets dabei. 7

Eine Besonderheit des rechtlichen „wenn" gegenüber dem üblich-logischen „wenn" besteht dann aber darin, dass es in zwei Richtungen wirkt: „wenn, aber auch nur wenn". Anders gewendet: Das üblich-logische „wenn" ist ein *einfaches* Konditional: 8

„Immer wenn es regnet, muss ich an dich denken" – aber auch sonst sehr oft …

3 BVerfGE 42, 64 (72) – Zwangsversteigerung (1976), hier dann bezogen auf alle Staatsgewalten, also auch Exekutive und Judikative.

4 *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 4, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1988, Sp. 751 (757); Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hingegen ist das rechtliche „wenn" ein *Bikonditional*:

> „Wer (aber auch nur wer) den Tatbestand erfüllt, ist (nach dieser Vorschrift) zu bestrafen."

Wir haben dies in § 5 Rn. 116 bereits erwähnt – als eine *Interpretation* des Wortes „wenn".

2. Das „soll" (kann, muss, darf)

9 Zur zweiten Besonderheit: Rechtssätze sind *normative* Sätze – oder besser: Sie repräsentieren normative Aussagen. Anders gewendet: Sie sagen aus, dass etwas sein *soll* (also nicht etwa schon *ist*). Im Fall einer Rechtsregel sagen sie aus: Wenn der Tatbestand erfüllt ist, dann „soll" eine bestimmte Rechtsfolge eintreten.

Dabei ist nun freilich dieses „soll" weit zu verstehen.[5] Das „soll" ist, mit anderen Worten, der Oberbegriff (ja, Begriff!) für verschiedene Varianten des „Sollens": Können, Müssen, Dürfen, Nicht-Dürfen (es gibt sogar ein „Sollen im engeren Sinn", man nennt es intendiertes Ermessen: in der Regel „muss", ausnahmsweise „muss nicht"[6]). Oder in anderer Formulierung: „Sollen" ist Oberbegriff zu „geboten sein", „verboten sein", „erlaubt sein".

Zum Normenquadrat schon oben § 5 Rn. 63.

10 Zum Abschluss und zur Klarstellung vor allem für Nicht-Juristen: Ob das „soll" ausdrücklich als solches formuliert ist, spielt keine Rolle. Die Formulierung „ist" statt „soll" findet sich gerade auch in einigen sehr wichtigen Rechtssätzen:

> **Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG** Die Würde des Menschen ist unantastbar.
>
> **Art. 20 Abs. 1 GG** Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

Das ist natürlich wie folgt zu *interpretieren*: Die Bundesrepublik *soll* dies sein (und bleiben!). Und die Würde des Menschen *darf nicht* angetastet werden.

> Oder siehe auch nur § 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch –: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt." Sie *soll*, nach unserer Rechtsordnung, mit ihr beginnen.

II. Die Bestimmung der konkreten Rechtsfolge

11 In den gängigen Methodenlehren wird eher vernachlässigt, dass auch die *Rechtsfolgen*seite von Rechtssätzen interpretiert werden muss. Wie wichtig diese Seite für die juristische Methode ist, wird vielleicht daran deutlich, dass immerhin Carl Schmitt

5 Klassisch *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, Nachdruck 1992, S. 4 f.

6 *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 11, mit dem Beispiel des § 12 Abs. 4 WPflG – Wehrpflichtgesetz –: „Vom Wehrdienst soll ein Wehrpflichtiger auf Antrag zurückgestellt werden, wenn die Heranziehung zum Wehrdienst für ihn wegen persönlicher, insbesondere häuslicher, wirtschaftlicher oder beruflicher Gründe eine besondere Härte bedeuten würde. Eine solche liegt in der Regel vor (…)."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1888–1985) die Praxis der Strafgerichte bei der Strafzumessung als ein besonders einleuchtendes Beispiel dafür genannt hat, wie das Recht wirklich funktioniert.[7]

Dies stützt natürlich unsere These, dass die Bedeutung von Begriffen, also auch von Rechtsbegriffen, letztlich in den Folgen liegt, die sich an sie knüpfen. – Dass Carl Schmitt mit Vorsicht zu genießen ist, wurde bereits erwähnt.

1. Zur Einstimmung: Die Begriffe der Rechtsfolgenseite

Auch auf der Rechtsfolgenseite finden sich ganz normale Rechtsbegriffe, im Zivilrecht z.B. *Schadensersatz* (§ 249 BGB), Herausgabe der *Bereicherung* (§ 812 BGB) oder auch, dass der Verkäufer dem Käufer an der Kaufsache „*Eigentum zu verschaffen*" hat (§ 433 BGB). 12

Was genau dies „Eigentum verschaffen" bedeutet, ergibt sich dann z.B. aus den §§ 929–936 BGB, sie gehören zum sog. Sachenrecht, geregelt im Dritten Buch des BGB.

Im Strafrecht sehen die einzelnen Straftatbestände (Mord, Totschlag, Raub, Diebstahl, Hehlerei, Betrug, Untreue, Beleidigung etc.) als Rechtsfolge unterschiedliche *Strafen* und Strafrahmen vor – eine gewisse Schallmauer ist dabei die Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr, sie grenzt „Verbrechen" von bloßen „Vergehen" ab (§ 12 Abs. 1 StGB). 13

Gemäß § 23 Abs. 1 StGB – Strafgesetzbuch – ist der Versuch eines Verbrechens stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

Im Öffentlichen Recht (Staatsrecht und Verwaltungsrecht) kommt zu den „ganz normalen" Rechtsbegriffen auf der Rechtsfolgenseite häufig eine Unterscheidung hinzu, die man alltagssprachlich als den Unterschied von „Muss- und Kann-Vorschriften" bezeichnet. (Es gibt diesen Unterschied freilich auch in anderen Rechtsgebieten, z.B. *kann* der Versuch milder bestraft werden als die vollendete Tat, § 23 Abs. 2 StGB.) Wie wir gesehen haben, *kann* der Bundespräsident nach erfolgloser Vertrauensfrage den Bundestag auflösen (Art. 68 GG). Demgegenüber *ist*, wenn die Voraussetzungen vorliegen, eine Baugenehmigung zu erteilen (§ 72 Abs. 1 LBauO M-V[8]) oder eine Fahrerlaubnis (§ 2 Abs. 2 StVG[9]). Die Polizei- und Ordnungsbehörden wiederum *können* bei einer Störung der öffentlichen Sicherheit (s.o. § 15a Rn. 54, 59) die nötigen Maßnahmen ergreifen (mit unterschiedlicher Formulierung z.B. § 13 SOG M-V[10], § 3 PolG Ba-Wü[11], Art. 11 PAG Bay[12]). 14

Dies ist allerdings kein Freibrief. Es gibt neben dieser sogenannten Generalklausel – und geht ihr vor! – eine ganze Reihe von sogenannten Standardmaßnahmen, für die strengere Voraussetzungen gelten: z.B. Ingewahrsamnahme, Platzverweis, Sicherstellung und Beschlagnahme von Sachen, Durchsuchung. Obendrein gilt der Grundsatz 15

7 *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912, S. 108 f.: „In Wahrheit bildet sich eine Praxis heraus."

8 Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern.

9 Straßenverkehrsgesetz.

10 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern.

11 Polizeigesetz Baden-Württemberg.

12 Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Polizei.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Verhältnismäßigkeit, sei es als allgemeines Rechtsprinzip oder im Gesetz selbst angeordnet (z.B. § 15 SOG M-V). – Zum Verhältnis mehrerer Regeln untereinander (hier: Spezialität der Standardmaßnahmen gegenüber der Generalklausel) s.u. § 18 Rn. 22–24.

Erwähnenswert vielleicht noch § 15 Versammlungsgesetz – VersG: Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen *kann* die zuständige Behörde eine Demonstration auflösen oder gar verbieten, sie muss es aber nicht.[13]

16 § 15 VersG ist übrigens ein Beispiel für schlampige („misslungene"[14]) Gesetzgebung. Die Vorschrift hatte ursprünglich zwei Absätze: Der erste begann mit „Die zuständige Behörde kann …", der zweite mit „Sie kann …". Mittlerweile wurde ein neuer Abs. 2 dazwischengeschoben, er ermöglicht es insbesondere, Nazi-Demonstrationen am Mahnmal für die ermordeten Juden in Berlin zu verbieten. Allerdings geht dadurch der Anschluss des neuen Abs. 3 an Abs. 1 verloren, und man fragt sich: „Sie"? Die Nazi-Versammlung? Nein, klar, die Behörde. … Man mag sagen: ein bloßer Schönheitsfehler. Nein, denn es ist vermeidbare Unklarheit. Und Begriffe, gerade Rechtsbegriffe, sollten in aller Regel so klar wie möglich sein. (Dass man sprachlich sensibel sein sollte, müsste gerade der Generation Gendersprache unmittelbar einleuchten.)

17 In den Begriffen der **rechtlichen Fachsprache** sagt man, dass die „Kann-Vorschriften" den Behörden ein „**Ermessen**" einräumen (dazu sogleich unter II). Demgegenüber verlangen die „Muss-Vorschriften" eine „gebundene Entscheidung".

2. Präzisierung durch weitere Rechtssätze (intensional)

18 Wie geht man nun mit den Begriffen der Rechtsfolgenseite um? Im Wesentlichen: nicht anders als mit denen auf der Tatbestandsseite des Rechtssatzes. Insbesondere gibt es häufig Vorschriften, die genauer angeben, was aus dem sozusagen Einstiegsbegriff folgt. Ein solcher Einstiegsbegriff ist z.B. in § 823 BGB die Verpflichtung zum Schadensersatz:

> **§ 823** (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

In § 249 BGB wird dann die Rechtsfolge „ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet" zum Tatbestand, aus dem „folgt", was man unter Schadensersatz im Allgemeinen und auch gleich in zwei Sonderfällen zu verstehen hat:

> **§ 249** (1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.
> (2) Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag

13 Beliebtes „Problem" für Examenskandidaten: Sind auch sogenannte „Minusmaßnahmen", also Maßnahmen, die weniger in die Rechte der Demonstranten eingreifen – etwa die Anweisung, ein Spruchband mit strafbarem Inhalt einzurollen –, von dieser Vorschrift gedeckt? Antwort: ja, aber die Rechtsfolgen ergeben sich aus dem Polizeirecht des Landes.

14 Zum „Gelingen" als zentraler Kategorie der NJML siehe § 31 Rn. 86–102, §§ 33 und 34.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.

Dies ist methodisch kein anderes Verfahren, als wenn auf der Seite des Tatbestands der Begriff „sittenwidrig" durch das Beispiel „Wucher" – wir haben es erwähnt (§ 15a Rn. 21) – „konkretisiert" wird (zum Begriff „Konkretisierung" sogleich in § 15c Rn. 4–28). 19

Natürlich gibt es zu Art und Umfang des Schadensersatzes dann eine Fülle weiterer Fragen, so dass etwa im „Staudinger", dem klassischen Großkommentar zum BGB, ein ganzer Band allein von den §§ 249–254 BGB (Schadensersatzrecht) handelt.[15]

3. Komparative Begriffe („Schmerzensgeld"): Fallgruppenbildung, Fallvergleich (extensional)

Ist es nun aber methodisch eine neue Herausforderung, wenn Begriffe einen besonders „wertenden" Charakter haben? Wenn es also etwa zum Schadensersatz im BGB weiters heißt: 20

§ 253 Immaterieller Schaden (1) …
(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

Was ist eine „billige Entschädigung"?

Zuallererst: Es ist ein kleiner Sprachskandal, dass der Gesetzgeber bei der Reform des § 253 BGB im Jahr 2002 (Absatz 2 hat den alten § 847 BGB ersetzt) an der von 1900 stammenden, inzwischen sehr missverständlichen Formulierung „billig" festgehalten hat – in der Alltagssprache hat „billig" nämlich die Konnotation „geringwertig". Gemeint ist ganz im Gegenteil das, was schon Aristoteles unter Billigkeit (*epieíkeia*) verstanden hat (s.o. § 11 Rn. 38): eine **angemessene** Entschädigung. 21

Zu einem weiteren, politischen Skandal im Zusammenhang mit § 253 BGB – Nichteinbeziehung der Ehre[16] in die Rechtsgüter, deren Verletzung einen Anspruch auf „Ersatz des immateriellen Schadens" auslöst – siehe unten § 27 Rn. 18. – Auch „immaterieller Schaden" ist mittlerweile übrigens ein Begriff aus einem autoritativen Text: Die Überschrift des § 253 BGB ist jetzt amtlich.[17]

Wie bestimmt man nun den Begriff „angemessen"? Anders gewendet: Wie setzt man als Richter oder Richterin eine „angemessene Entschädigung in Geld für einen immateriellen Schaden", kurz: ein sogenanntes Schmerzensgeld fest? Carl Schmitt sagt sinngemäß: Man schaut, was denn der Kollege oder die Kollegin in solchen Fällen 22

15 J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), Neubearbeitung 2017 (Gottfried Schiemann), Berlin 2017 (412 Seiten).

16 Genauer: des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

17 Vor der Schuldrechtsreform hatten die Paragraphen des BGB keine amtlichen Überschriften. Allerdings haben die juristischen Verlage, die die Gesetzessammlungen herausgaben, in eckigen Klammern gesetzte Überschriften hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemacht hat und es deshalb auch wieder tun würde?[18] Was heute ganz prosaisch-rechtspraktisch bedeutet: Man schaut in sogenannte Schmerzensgeld-Tabellen. Dann führt „typischerweise" der Verlust eines Auges zu einem Schadenersatz in Höhe von xy Euro, eine lebenslange Lähmung zu einer Rente von yz Euro und so weiter.

Der Klassiker solcher Fallsammlungen war die von Susanne Hacks[19] zusammengestellte „ADAC-Schmerzensgeldtabelle". Mittlerweile wird sie in 42. Auflage (!) von zwei BGH-Richtern (einer davon im Ruhestand) und einem Rechtsanwalt im Deutschen Anwaltverlag fortgeführt.[20] Zudem erscheint jährlich eine von Andreas Slizyk herausgegebene „Beck'sche Schmerzensgeldtabelle", und das Internet ist voll von weiteren Angeboten (besonders häufig erscheint „Hundebiss").

Zum Begriff „Typus" unten § 15c Rn. 31–33.

23 Damit wird aber klar: Die „Wertung", die hier vom Richter oder von der Richterin verlangt wird, ist auch hier nichts anderes als das Ergebnis eines Fallvergleichs[21] (dazu schon oben § 15a Rn. 7–11). Anders gewendet: Es ist eine *extensionale*, d.h. über den *Umfang* des Begriffs „angemessene Entschädigung" vorzunehmende Bestimmung seines Inhalts. *And nothing more pretentious.*

24 Dass dabei die Lebenswelt des Richters (sein „Vorverständnis"[22]) und die Lebenswelt des Geschädigten nicht völlig übereinstimmen, liegt daran, dass dies immer so ist, wenn zwei Menschen miteinander zu tun haben („doppelte Kontingenz"[23]). Es ist aber auch selbstverständlich, dass der Richter die Sinnzusammenhänge, in denen der Geschädigte lebt, ernst zu nehmen hat. Er muss versuchen zu verstehen, was der Schaden gerade für ihn „bedeutet", z.B. der Verlust eines Fingers für einen Pianisten. Danach muss der Richter freilich schauen, was dies im Vergleich mit *anderen* Fällen und *deren* Sinnzusammenhängen bedeutet (Bildung von Fallgruppen). Dabei ist ebenfalls klar, dass sich insoweit die gesellschaftliche Sensibilität wandelt[24] (früher gab es für sexuelle Übergriffe lächerlich wenig Schmerzensgeld). All dies hat aber nichts mit einer besonderen, „wertenden Erkenntnis" oder gar mit „höheren Werten" zu tun.

---

18 Siehe Fn. 7.

19 Sie war Rechtsanwältin und in der Juristischen Zentrale des ADAC tätig (Allgemeiner Deutscher Automobilclub, ein bekanntlich mächtiger Verein).

20 *Susanne Hacks/Wolfgang Wellner/Franz Häcker/Oliver Klein*, Schmerzensgeldbeträge 2024, 42. Aufl., Bonn 2023.

21 Es ist hier sogar eine Art „externer" Fallvergleich, weil auf Seiten der Intension so gut wie nichts an Erkenntnis zu holen ist. Interessant die Abgrenzung von *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. München 2023, § 7 Rn. 7 f.: Unbestimmte Rechtsbegriffe (wie „angemessen") haben einen Begriffskern, Generalklauseln (wie „Treu und Glauben") haben keinen. – Zu Begriffskern und Begriffshof s.o. § 15a Rn. 8.

22 Anspielung auf *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970 – ein berühmtes Buch, das in der Tradition der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik steht.

23 Ein Begriff aus Luhmanns Systemtheorie, dazu schon § 10 Rn. 31.

24 Allerdings sind nicht immer diejenigen, die am lautesten schreien, auch am stärksten verletzt (Faustregel im Erste-Hilfe-Kurs).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Kombination von Intension und Extension: z.B. das Schuldprinzip bei der Strafzumessung

Methodisch etwas anders liegt es dort, wo es – zur Erinnerung: auf der Rechtsfolgenseite – nicht um eine so gut wie ausschließlich extensionale Begriffsbestimmung geht, sondern um eine Kombination von Intension und Extension (wie wir sie auf der Tatbestandsseite schon erörtert haben, § 15a Rn. 54–68). Ein erstes Beispiel ist das sogenannte Schuldprinzip im Strafrecht. Es verlangt nicht nur, dass Strafe Schuldfähigkeit voraussetzt („keine Strafe ohne Schuld – *nulla poena sine culpa*", erstaunlicherweise in keinem autoritativen Text explizit so gesagt). Vielmehr verlangt es vor allem, dass die Strafe der Schuld des Täters *angemessen* sein soll. Demgemäß heißt es im Strafgesetzbuch: 25

> **§ 46 Grundsätze der Strafzumessung** (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.
> (2) Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:
> – die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische, geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete oder sonstige menschenverachtende,
> – die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,
> – das Maß der Pflichtwidrigkeit,
> – die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,
> – das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie
> – sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.

Dem ist aus methodischer Sicht nur noch hinzuzufügen: Selbstverständlich entwickelt sich dann zu jedem dieser Unterpunkte eine eigene Kasuistik – und aus ihr ein *Gespür*[25] für das „richtige" Strafmaß. *And nothing more pretentious.* 26

> Natürlich ist es auch hier wie im richtigen Leben: Manche Juristinnen oder Juristen werden bei der Strafzumessung mehr „Talent" haben als andere (was nicht heißt, dass diejenigen mit weniger Talent den Rückstand nicht aufholen könnten). Manche Menschen sind strafrechtlich „musikalischer" als andere. Das ändert aber nichts daran, dass *alle*, die Talentierten und die nicht Talentierten, ihre Entscheidungen nach denselben methodischen Standards *begründen* müssen. Nicht zuletzt daran *zeigt* sich ihr Talent oder ihr Fortschritt.[26]

Im Übrigen wüsste ich nicht, wie man es in methodischer Sicht besser als das Gesetz (also § 46 StGB) machen könnte. 27

> Streiten kann man allerdings über die Praktikabilität der Begriffe „rassistisch", „fremdenfeindlich" und „antisemitisch" – die (Kriminal-)Polizei hat mit ihrer Anwendung offenbar Schwierigkeiten.[27] Zudem dürfen solche Motive nicht nochmals in die Strafzumessung einfließen (Rechtsfolgenseite), wenn sie schon Bestandteil des

25 Zum Gespür als einer zentralen ästhetischen Kategorie siehe § 31 Rn. 80, 84 f.
26 Zum „zeigen" und „sich zeigen" s.u. § 31 Rn. 51–54 (54).
27 Dazu demnächst empirisch gestützt *Florian Meier*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesetzlichen Tatbestandes sind (Verbot der Doppelverwertung, § 46 Abs. 3 StGB[28]); das ist z.B. bei der Volksverhetzung (§ 130 StGB[29]) der Fall. Es spricht daher manches dafür, dass es sich bei der Einfügung dieser Begriffe im Jahr 2015 eher um einen Akt symbolisch-plakativer Gesetzgebung gehandelt hat.[30] Sachlich geändert hat sich dadurch nichts.[31] Und jedenfalls würde der Oberbegriff „menschenverachtend" völlig ausreichen.[32]

III. Spielräume und ihre Grenzen

28 Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge ist üblicherweise so gestaltet, dass bei Vorliegen des Tatbestandes die Rechtsfolge einzutreten *hat* („Muss-Vorschrift"). Wer jemand anderem einen Schaden zufügt, *hat* ihm Schadensersatz zu leisten (§ 823 BGB). Wenn keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, *ist* die Baugenehmigung zu erteilen (§ 72 LBauO M-V).

Man spricht dann von einer gebundenen Entscheidung.

Wir haben aber schon erwähnt, dass bei der Instanz, die über die Rechtsfolge entscheidet, ein Spielraum bestehen kann („Kann-Vorschrift"). Was insofern methodisch geschieht, das soll uns im Folgenden beschäftigen.

1. Entscheidungen nach Ermessen

29 Das Haupt-Referenzgebiet für „Kann-Vorschriften" ist das Verwaltungsrecht (zu weiteren Gebieten weiter unten). Dort findet sich auf der Rechtsfolgenseite „der Norm" häufig die Ermächtigung der Behörde, nach ihrem *Ermessen* zu handeln – ausgedrückt

28 „Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden."

29 Wortlaut: „Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe (…) zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder

2. (…), wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft."

30 Aufschlussreich der Titel: „Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages" vom 12.06. 2015 (BGBl. – Bundesgesetzblatt – I 925). Genau besehen wurde eingefügt: „besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende" [Beweggründe und Ziele], „antisemitisch" fehlte also noch. Es wurde eingefügt durch das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität" vom 30.03.2021 (BGBl. 2021 I 441).

31 So *Bernd von Heintschel-Heinegg,/Hans Kudlich*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (BeckOK StGB), Stand 01.02.2024, § 46 Rn. 37, für das im Jahr 2021 eingefügte Wort „antisemitisch".

32 Kritisch auch *Jörg Kinzig*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2019, § 46 Rn. 15a-15c. – Es bleibt auch unerfindlich, warum Beweggründe, die sich „gegen eine Behinderung, gegen den gesellschaftlichen Status oder gegen die sexuelle Orientierung" richten, es damals explizit nur in die Gesetzesbegründung geschafft haben (BT-Drs. – Bundestags-Drucksachen – 18/3007 S. 15). – Aber Achtung: Dies ist *kein* Plädoyer dafür, dies nachzuholen! Das Strafgesetzbuch soll nicht zu einem Archiv politischer Themen werden. – Für § 1 Abs. 6 BauGB mag etwas anderes gelten: Dort tun sich die Gemeinden politisch leichter, wenn das Gesetz ihnen zu gegebener Zeit ausdrücklich vorschreibt (aber auch erlaubt!), in ihrer Bauleitplanung die Belange von Flüchtlingen (Nr. 13) oder des Hochwasserschutzes (Nr. 12) zu „berücksichtigen", d.h. in die „gerechte Abwägung" einfließen zu lassen (dazu oben § 15a Rn. 61–64 und unten § 28 II).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meist durch das Wort „kann". Die Polizei „kann" einschreiten, sie muss es aber nicht (dies nennt sich „Entschließungermessen"). Sie „kann" Schlagstöcke oder Wasserwerfer einsetzen (dies nennt sich „Auswahlermessen"). Nach welchen Maßstäben ist nun dieser Begriff „Ermessen" zu bestimmen? Und gibt es methodische Anweisungen, wie man es zu betätigen hat?

a) Die Lehre(n) von den Ermessensfehlern

Um einmal mit dem zweiten Schritt zu beginnen: Es gibt in der Dogmatik des Verwaltungsrechts eine mehr oder weniger ausgefeilte Lehre von den „Ermessensfehlern" – sie ähnelt der schon erwähnten Abwägungsfehlerlehre (§ 15a Rn. 61–64). 30

Unterschieden werden im Einzelnen die (1) Ermessensunterschreitung (es findet z.B. überhaupt kein Ermessen statt, weil die Behörde meint, es handele sich um eine gebundene Entscheidung), die (2) Ermessensüberschreitung (es wird z.B. ein zu hohes Bußgeld verhängt) und der (3) Ermessensfehlgebrauch (die Behörde lässt sich z.B. von unsachlichen Gründen leiten). Hinzu kommt nach mancher Ansicht ein (4) Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze, insbesondere ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz.[33]

Einfacher **Beispielsfall**: Die Stadt verweigert einem Gastwirt G die sogenannte Sondernutzungserlaubnis[34] zum Aufstellen von Tischen und Stühlen auf dem (ausreichend breiten) Gehweg, weil G einer bestimmten Partei angehört.

All dies ist nicht falsch und auch hilfreich, es „gilt" aber erst in zweiter Linie.

b) Die gesetzlichen Vorgaben

Das Wichtigste ist nämlich **gesetzlich** geregelt, und zwar dergestalt, dass sowohl der Tatbestand des Ermessens als auch die Rechtsfolge in weiteren Rechtssätzen[35] expliziert werden. So wird der *Tatbestand* des Ermessens im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) wie folgt bestimmt: 31

§ 40 VwVfG Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln [= Tatbestand im Konditionalsatz], hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten [= Rechtsfolge].

Was die wichtigste weitere *Rechtsfolge* des Ermessens angeht, nämlich: wie bei einem Streit, ob die Behörde ihr Ermessen „richtig" ausgeübt hat, ein Verwaltungsgericht damit umzugehen hat, heißt es sodann in der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) etwas weniger gelungen (Hervorhebung J.L.):

---

33 Statt vieler *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 6), § 7 Rn. 19–23. Man sieht: Dies ist kein autoritativer Text, sondern Dogmatik, so dass z.B. bei *Jörn Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., München 2019, Rn. 537–539, der Punkt (4) fehlt.

34 Landesrechtlich geregelt, so etwa in § 22 Abs. 1 StrWG M-V (Straßen- und Wegegesetz Mecklenburg-Vorpommern): „Die Benutzung der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf der Erlaubnis des Trägers der Straßenbaulast. (…)".

35 Zum Begriff nochmals: Nach herrschender Terminologie bestehen „Rechtssätze" aus Tatbestand und Rechtsfolge. Der Begriff ist insofern synonym mit dem Begriff „Regel", so wie die NJML ihn verwendet. Genauer betrachtet ist „Rechts***satz***" der autoritative Text, der die Rechts***aussage*** verkörpert, dass eine bestimmte reale Rechts***regel*** gilt.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **§ 114 VwGO** Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln [= Tatbestand], prüft das Gericht **auch**, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist [= Rechtsfolge].

32 Wenig gelungen ist dabei, dass das Allerwichtigste gerade nicht gesagt, sondern implizit vorausgesetzt wird: Das Gericht prüft **nicht**, ob die Behörde bei ihrer Kann-Entscheidung die *beste* Lösung gefunden hat (ob also z.B. die Auflage, Stühle und Tische so und nicht anders aufzustellen, der Verkehrslage am besten gerecht wird). Das Gericht prüft **nur** (nicht „auch"), ob die Entscheidung

(a) nicht dem *Zweck* der Ermächtigung dient – im Gastwirt-Beispiel: der Erhaltung von Sicherheit und Leichtigkeit des (Fußgänger-) Verkehrs; oder aber

(b) die gesetzlichen *Grenzen* über- oder unterschreitet, seien es nun die einfachgesetzlichen Grenzen (z.B. ein Bußgeldrahmen) oder auch die Grundrechte (hier evtl. der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn dem Konkurrenzwirt K aus der anderen politischen Partei die Stühle und Tische genehmigt werden); zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sogleich unter 2).

33 Mit anderen Worten: Die Behörde hat auch hier einen **Spielraum**, innerhalb dessen mehrere Entscheidungen möglich, genauer: *rechtmäßig* sind. Nur spricht man hier eben nicht von einem „Beurteilungsspielraum" (das ist reserviert für die Tatbestandsseite, s.o. § 15a Rn. 70–75), sondern von „Ermessen".[36]

Gegenbegriff zu *rechtmäßig* ist demgemäß *zweckmäßig*. Dies spielt vor allem eine Rolle, wenn eine Behörde von einer anderen Behörde kontrolliert wird. Wenn z.B. Landesbehörden die Gesetze des Bundes „als eigene Angelegenheit" ausführen (das ist der Regelfall), dann darf die Bundesregierung nur kontrollieren, ob diese Ausführung *rechtmäßig* erfolgt (vgl. Art. 84 Abs. 3 Satz 1 GG). Führen die Länder die Bundesgesetze hingegen „im Auftrag des Bundes" aus (zum Beispiel das Atomgesetz), erstreckt sich die Bundesaufsicht „auf Gesetzmäßigkeit und [auch auf] *Zweckmäßigkeit* der Ausführung" (Art. 85 Abs. 4 Satz 1 GG, Hervorhebung und Zusatz J.L.).

c) Fazit: Ermessen als Lösung eines Kompetenzproblems („Kontrolldichte")

34 Methodisch zeigt sich bei allem: Die Bestimmung der *Rechtsfolgen* bei Ermessensentscheidungen erfolgt im Grunde nicht anders als die Auslegung der „unbestimmten Rechtsbegriffe" auf der *Tatbestandsseite* der Regel. Es gibt ein Zusammenspiel von weiterer intensionaler Bestimmung (§§ 40 VwVfG, 114 VwGO, „Ermessensfehlerlehre") und extensionaler Kasuistik (im Straßenrecht, im Versammlungsrecht, im Polizeirecht[37]). Und das Hauptproblem ist und bleibt kein Erkenntnis-, sondern ein Kompetenzproblem: nicht *wie* zu entscheiden ist (wenn man so will: wie die einzig richtige *right answer* aussähe[38]), sondern *wer* letztverbindlich entscheidet. Oder etwas

---

36 Allerdings nannte man den Beurteilungsspielraum in früheren Zeiten auch „Tatbestandsermessen".

37 Im Polizeirecht wird dann z.B. näher unterschieden zwischen Entschließungs- und Auswahlermessen: ob man (1) überhaupt gegen einen „Störer" vorgeht und, falls ja, (2) mit welcher Intensität („Ob" und „Wie").

38 Zu Ronald Dworkins *right answer thesis* bereits § 5 II Rn. 72.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

genauer: *wie weit* die Entscheidungs- und Kontrollkompetenz der Beteiligten jeweils reicht.

Im Verhältnis der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden spricht man daher auch von der „Kontrolldichte".[39]

d) Annex: Ermessen im Zivilrecht

Der Vollständigkeit halber sei nochmals erwähnt, dass es Ermessensentscheidungen auch im Staatsrecht und im Strafrecht gibt, etwa wenn der Bundespräsident den Bundestag auflösen „kann" (oben unter I 1). Und es gibt sie sogar im Zivilrecht (Hervorhebungen J.L.): 35

§ 315 BGB (1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem *Ermessen* zu treffen ist.
(2) (…)
(3) Soll die Bestimmung nach billigem *Ermessen* erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. (…)

§ 317 BGB (1) Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem *Ermessen* zu treffen ist.
(2) (…)

Interessant ist dann, dass im BGB vom „billigen Ermessen" das „freie Belieben" unterschieden wird. 36

§ 319 BGB (1) Soll der Dritte die Leistung nach *billigem Ermessen* bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.
(2) Soll der Dritte die Bestimmung nach *freiem Belieben* treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

Dieses „freie Belieben" ist allerdings nicht mit „Willkür" gleichzusetzen. Vielmehr kann die Bestimmung einer Leistung „nach Willkür" überhaupt nicht wirksam vereinbart werden; rein willkürliche Bestimmungen hat das Gericht daher zu kassieren.[40] 37

Wir kommen auf Willkür im Rahmen des Gleichheitssatzes noch einmal zurück (unten Rn. 79–82).

2. Grenze: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Spielräume sind Spielräume, sie haben aber ihre Grenzen – die autoritativen Texte des § 40 VwVfG und des § 114 VwGO gehen ausdrücklich davon aus (s.o. Rn. 31–32). Insoweit haben wir als Grenzen schon genannt: eindeutig entgegenstehende Rechtsvor- 38

39 Siehe etwa *Ipsen*, Verwaltungsrecht (Fn. 33), Rn. 473–477, 488–502, 534; dies gilt, um Missverständnisse zu vermeiden, auch im Hinblick auf unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum (s.o. § 15a Rn. 72–75).

40 *Markus Gehrlein*, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 315 Rn. 11 (Beck'scher Online-Kommentar, Stand 01.11.2023); die zitierte Entscheidung RGZ 167, 225 (235) – Ausgleichsvergütung für inländische Ölmühlen (1941) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite [Fundstelle]) passt allerdings nicht wirklich.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schriften und auch die Grundrechte (bereits hier können wir andeuten: im Wesentlichen in ihrer Funktion als Prinzipien, dazu § 18 Rn. 84–85). Die allerbekannteste dieser Grenzen aber ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Es gibt wohl keine „Argumentationsfigur“[41], die im Öffentlichen Recht, aber auch in der Politik häufiger bemüht wird.

Selbst die im Hinblick auf das Recht wenig musikalische Bundeskanzlerin Angela Merkel hat gelegentlich die Trias „geeignet – erforderlich – angemessen“ heruntergebetet.

39 Allerdings ist dieser Grundsatz, wenn man mit ihm letztlich alle Probleme lösen will, ein viel zu grobes Instrument.[42]

Systemtheoretisch könnte man sagen: Er ist „unterkomplex“, er hat nicht genug Eigenkomplexität, um den vielen sehr komplexen „Umwelten“[43] des Rechts (Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, Zivilgesellschaft, Privatleben, Medien, Religion, Kunst, Erziehung, organisierte Kriminalität, kurz: *allem* Gesellschaftlichen[44]) eine *rechtliche Ordnung* entgegenzusetzen. Ohne möglichst sinnvolle *eigene* Regeln stümpert man mit der Verhältnismäßigkeit herum – und lässt sich vor allem die **Ziele**, für deren Erreichen die Mittel „verhältnismäßig“ sein sollen, mehr oder wenig kritiklos vorgeben. (Ich denke gerade an eine Karotte, die man dem Eselskarren des Rechts mit einer Angel vor die Nase hängt.)

a) Der logische Ort: die Rechtsfolgenseite

40 Das Wichtigste zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[45] ist aus **methodischer** Sicht deshalb zunächst: Er gehört auf die Rechtsfolgenseite der Regel („des Rechtssatzes“). Das heißt: Eigentlich ist er, wenn man rechtlich denkt, erst in zweiter Linie relevant. Die Hauptarbeit, nämlich die Präparation der Prämisse („Obersatz“), aus der ein bestimmtes Verhalten rechtlich folgt, sollte zuvor, also auf der Tatbestandsseite, erfolgen.

Grund ist letztlich der Gleichheitsgrundsatz und damit die Gerechtigkeit: Gesetze – als Regeln – garantieren Gerechtigkeit durch Gleichbehandlung (Aristoteles, s.o. § 11 Rn. 36); dies aber nur, wenn klar ist, unter welchen *Voraussetzungen* (Tatbestand) eine *bestimmte* Rechtsfolge eintreten soll. – Zur Klarheit als dem Potential von Rechtsbegriffen s.o. § 5 I.

41 In der gegenwärtigen Dogmatik des deutschen öffentlichen Rechts wird dies freilich oft anders gehandhabt. Hier wird Studenten manchmal ausdrücklich eingetrichtert, „dass im öffentlichen Recht am Ende immer alles auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung

41 Ein Ausdruck von *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 21), S. VIII (Vorwort zur Erstauflage).

42 Grundsatzkritik daher jetzt: *Joachim Lege*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen – One size fits all?, Juristenzeitung (JZ) 2025, 477-484

43 Genauer müsste man sagen: den vielen und oft sehr komplexen Sinnzusammenhängen (zum Begriff § 5 II Rn. 40–59) in „der“ Umwelt des Rechts (es gibt nur eine).

44 Leicht paradox formuliert in dem Buchtitel, der diese „Theorie der Gesellschaft“ abschließt: *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Band 1 und Band 2, Frankfurt a.M. 1997.

45 Er wird in jedem Lehrbuch zum Staatsrecht, insbesondere auch zu den Grundrechten, und jedem Lehrbuch zum Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrecht ausgiebig behandelt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hinausläuft“[46] – mit anderen Worten: auf etwas, das tatbestandlich nicht vorhersehbar ist. Auf diese Weise wird die Arbeit am Gesetz zu einem eher lästigen Vorspiel, bevor die gängige Formel abgespult wird (muss man dafür wirklich *studiert* haben?):

„geeignet – erforderlich – verhältnismäßig i.e.S. (angemessen)“.

Ach ja: wenn ein „legitimes Ziel“ verfolgt wird. Und solche Ziele lassen sich sehr leicht in die Gesetze hineinschreiben oder hineininterpretieren (der Gesetzgeber will *immer* das Beste!) – oft ohne großen Gedankenaufwand betreffend die Verwirklichungsfähigkeit.[47]

b) Der passende Kontext: staatliche Eingriffe

Demgegenüber ist zu betonen: Der eigentliche Kontext – oder wenn man will Sinnzusammenhang –, in dem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **im Recht** zwanglos Sinn ergibt, ist der Schutz gegen staatliche Eingriffe. Der Staat kann von seinen „Bürgern“, aber auch von seinen Einwohnern und allen, die seinem Recht unterworfen sind, bestimmte Verhaltensweisen verlangen und dies notfalls mit Zwang durchsetzen: Steuern zahlen, Verkehrsregeln einhalten, zur Schule gehen, wegen Diebstahl bestraft werden und so weiter. Dieser **Zwang** (als Mittel) darf nicht über das nötige Maß hinausgehen – siehe schon Konfuzius[48] –, er muss sich daher in der Weise rechtfertigen, dass er zur Erreichung des Ziels „geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn (angemessen)“ ist. 42

Dann lässt sich natürlich weiter definieren[49]: „geeignet“ ist alles, was das Ziel in irgendeiner Weise fördert,[50] „erforderlich“ ist ein Mittel, wenn es kein gleich effektives milderes gibt, „angemessen“ ist schließlich alles, was den Betroffenen nicht übermäßig belastet.

In der Schweiz kommt ein weiterer, (noch) politischerer Aspekt hinzu. „Angemessenheit“ liegt nur vor, wenn „der öffentliche Nutzen größer ist als die private Last“.[51]

All dies lässt sich ohne weiteres auch gesetzlich festschreiben, etwa im mecklenburg-vorpommerischen Sicherheits- und Ordnungsgesetz: 43

46 Dies stimmt vor allem dann nicht, wenn es sich um eine gebundene Entscheidung handelt (z.B. Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung) und auch dann nicht, wenn „am Ende“ eine Abwägung zweier Grundrechte (oder sonstiger „Verfassungsgüter“) steht, z.B. im Fall Lüth die Abwägung von Berufsfreiheit und Meinungsfreiheit (BVerfGE 7, 198 – Boykottaufruf für einen Film Veit Harlans [1958]). – Zu einer a.A. (anderen Ansicht) bei gebundenen Entscheidungen siehe unten Rn. 46.

47 Ob zum Beispiel die Schaffung politischer Akzeptanz ein „legitimes Ziel“ für Grundrechtseingriffe ist, darf man bezweifeln: *Joachim Lege*, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz? Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung“ an Windkraftanlagen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2019, 1000–1005.

48 § 15a Rn. 90 bei Fn. 174.

49 Siehe hierzu denn doch z.B. *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 6), § 10 Rn. 51.

50 An diesen Punkt werden meist sehr geringe Anforderungen gestellt; kritisch dazu *Lege*, Beschaffung politischer Akzeptanz?, in: NVwZ 2019, 1000–1005 (1004).

51 *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, N 370. – In der Schweiz firmiert die „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn“ unter „Zumutbarkeit“. Und zur „Angemessenheit“ heißt es allgemein – und sehr schön –, sie fordere „die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum“.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **§ 15 SOG M-V** Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen haben die Ordnungsbehörden und die Polizei diejenigen Maßnahmen zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen. Kommen dabei mehrere Mittel in Betracht, so genügt es, wenn eines davon bestimmt wird.
> (2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.
> (3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann.

44 Allerdings gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach ganz herrschender Meinung auch unabhängig von solch einfach-gesetzlicher Regelung schon kraft Verfassung, nämlich abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG).

> Angesichts dieser postulierten Allgegenwart (und insofern Gottgleichheit) des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sollte man seiner „Anwendung" in anderen Kontexten, also jenseits der klassischen Eingriffsabwehr, mit Misstrauen begegnen.

c) Zwei Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

45 Methodisch ist sodann festzustellen: Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind zwei Ebenen zu unterscheiden.

aa) Beim Vollzug von Gesetzen: Anwendung – nur! – bei Ermessensentscheidungen

46 Auf der sozusagen unteren Ebene, wo es um den Vollzug von Gesetzen geht, muss in aller Klarheit gesagt werden: Eine (einfachrechtliche) Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist nur dort geboten, ja überhaupt nur zulässig, wo das Gesetz dem Entscheider einen Spielraum bei der Auswahl der Rechtsfolgen zugesteht (Ermessensentscheidungen). Anders gewendet: bei *gebundenen* Entscheidungen wäre eine anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung falsch.[52] Man denke an das Straßenverkehrsgesetz (Hervorhebung J.L.):

> **§ 3 StVG** Erweist sich jemand als ungeeignet oder nicht befähigt zum Führen von Kraftfahrzeugen, so **hat** ihm die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen.

Es gibt also kein Ermessen, folglich auch keine Prüfung der Verhältnismäßigkeit – etwa der „Angemessenheit" im Hinblick darauf, dass der Betroffene den Führerschein für die Ausübung seines Berufs – immerhin ein Grundrecht (Art. 12 GG) – braucht.

bb) Bei der Bewertung von Gesetzen: eine Kompetenzfrage

47 Natürlich kann man dann aber weiterfragen, ob das *Gesetz* dem (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[53] entspricht. In unserem Fall: ob es „noch verhältnismäßig" ist, dass das Straßenverkehrsgesetz keinerlei Ausnahme für Härtefälle

52 A.A., „um besonderen Ausnahmefällen gerecht zu werden": *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 6), § 10 Rn. 50. Allerdings geht es in solchen Fällen nur noch um die dritte Komponente: die (Un-)Angemessenheit – oder wie man früher sagte: die (Un-)Billigkeit.

53 Auch er wird unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG), findet sich aber explizit in keinem autoritativen Text der Verfassung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zulässt.[54] Dies ist dann aber eine Frage, die der „einfache" Rechtsanwender, sei es in der Verwaltungsbehörde oder bei den sogenannten „Fachgerichten", nicht entscheiden darf. Die Sache muss vielmehr derjenigen Instanz übertragen werden, die dazu befugt ist, die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen nicht nur zu *prüfen* (das darf jeder!), sondern nach dieser Prüfung gegebenenfalls verbindlich *festzustellen*. Dies sind bekanntlich nur die Verfassungsgerichte (sog. Verwerfungsmonopol).

Das Verfahren ist – für das Bundesverfassungsgericht – in Art. 100 Abs. 1 GG und in den §§ 80–82 BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) geregelt: Das (Fach-) Gericht hat das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen.

Das Verfassungsgericht hat dann freilich zu beachten, dass „der Gesetzgeber" im Grundsatz „alles darf" – dazu ist er von Verfassungs wegen geradezu prädestiniert und legitimiert (Demokratie!). Er ist frei darin, Ziele zu bestimmen und die zu deren Erreichung geeigneten *Regeln* (also „Gesetze" im materiellen Sinn, § 14 Rn. 9) zu erlassen. Er hat, mit anderen Worten, einen großen Spielraum.[55] Daher wird mit Recht beklagt, dass das BVerfG ihm häufig viel zu detaillierte „Vorgaben macht". Das BVerfG hat eben nicht die Aufgabe (und Legitimation), der bessere Gesetzgeber zu sein. 48

d) Fazit: Verhältnismäßigkeit ist eine Grenze, kein Optimierungsgebot

Methodisch (und auch dogmatisch) ist somit als Wichtigstes festzuhalten: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist keineswegs das, „worauf es im Öffentlichen Recht letztlich immer hinausläuft" (s.o. 2 a). Verhältnismäßigkeit ist nur eine *Grenze* (vgl. § 40 VwVfG, § 114 VwGO, oben unter 1 b). Sie ist nicht etwa ein „Optimierungsgebot" (dazu unten § 18 Rn. 84). 49

e) Zur Pervertierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Politik ist Trumpf?

Vor allem aber ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eines nicht: eine verkappte Super-Ermächtigungsgrundlage[56] für Eingriffe des Staates in die Rechte seiner Bürger. Nichtsdestoweniger scheint er sich im Verständnis der Politik mittlerweile dazu entwickelt zu haben.[57] Man denkt nicht mehr: Wir greifen in ein Recht ein, ist dies verhältnismäßig? Sondern man denkt: Wir haben ein hochrangiges Ziel – welche Rechtseingriffe sind 50

54 Berühmteste Entscheidung dafür, dass ein Gesetz eine Härtefallregelung treffen muss: BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981); Leitsatz: „Es widerspricht dem Eigentumsgrundrecht, daß der Verleger eines Druckwerks ein Belegstück auch dann unentgeltlich [an die Staatsbibliothek] abliefern muß, wenn es sich um ein mit großem Aufwand und in kleiner Auflage hergestelltes Werk handelt (§ 9 Hess.LPrG)."

55 Umfassend *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, Baden-Baden 2000.

56 Für Nicht-Juristen: Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Rechte ihrer Bürger bedürfen grundsätzlich einer *Ermächtigungsgrundlage* in Gestalt eines (förmlichen) *Gesetzes*, das diesen Eingriff erlaubt, z.B. eine körperliche Durchsuchung oder einen Platzverweis. Manchmal geht es allerdings auch ohne Gesetz, klassisches Beispiel: das (ungeschriebene!) öffentlich-rechtliche Hausrecht einer Behördenleitung oder auch der Rektorin einer Universität. – Dies gehört zu den absoluten *basics* im Öffentlichen Recht.

57 Dass Angela Merkel den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gern zitiert hat, haben wir schon erwähnt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hierfür „geeignet, erforderlich und angemessen"? Wohlgemerkt: Die Politik darf so denken.[58] Pervers wird es allerdings, wenn das Recht dem folgt.[59]

Bedenklich daher die Rechtsprechungspolitik des BVerfG zum Klimaschutz: Hier hat das Gericht zunächst den großen Applaus für seine weitreichende Entscheidung von 2021 abgewartet,[60] um sodann in einem wahrhaft windigen Fall ziemlich massive Grundrechtseingriffe „durchzuwinken".[61] Wir kommen darauf zurück (§ 34 Rn. 67–69 mit Fn. 112).

51 Demgegenüber bleibt in Erinnerung zu rufen: In einem Rechtsstaat (und für ein Gericht) ist gerade nicht Politik Trumpf. Sondern Rechte sind Trümpfe gegen die Politik.[62]

3. „Abwägung" – eine Grenze? ein Optimierungsgebot?

52 Etwas komplizierter liegen die Dinge bei der Abwägung – nicht zuletzt deshalb, weil der Begriff mehrdeutig ist. Auf jeden Fall gilt aber auch für ihn (wie für die Verhältnismäßigkeit): „Abwägung" ist keinesfalls das, „worauf im Öffentlichen Recht letztlich alles immer hinausläuft".

a) Abwägung 1: einpolig ausgerichtete Parameter („Ziele", „Belange", „Umstände")

53 Die erste Form von Abwägung haben wir schon kennengelernt, dies sogar in zwei Varianten: Abwägung bei Planungsentscheidungen („Bauplanungsrecht", § 15a Rn. 61–64) und Abwägung bei der Strafzumessung (§ 46 Abs. 2 StGB, oben § 15b Rn. 25–27). In beiden Varianten werden gewisse „Parameter" abgewogen, die letztlich alle einem einzigen Zweck dienen – bildlich könnte man von einer einpoligen[63] Abwägung sprechen.

Im Baurecht finden sich diese Parameter vor allem in den sogenannten „Planungszielen", die die Gemeinde im Hinblick auf eine vernünftige „städtebauliche Entwicklung" – das ist der Endzweck – zu verfolgen hat (§ 1 Abs. 5 BauGB[64]), sowie in

58 Ihre Kontingenzformel ist das Gemeinwohl.

59 Seine Kontingenzformel ist Gerechtigkeit, und sie verlangt vor allem, sich nicht in fremde Kompetenzen einzumischen. – Lateinisch *pervertere* = (ins Gegenteil) verkehren.

60 BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz (2021); Aktenzeichen: 1 BvR 2656/18.

61 BVerfGE 161, 63 – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022); Aktenzeichen: 1 BvR 1187/17. Man sieht: Das Gericht hatte diesen im Grunde einfachen Fall (anhängig seit 2017) aus taktischen Gründen hinter den politisch bahnbrechenden Fall (anhängig seit 2018) zurückgestellt.

62 Zu dieser Metapher: *Ronald Dworkin*, A Matter of Principle, Cambridge (Massachusetts) 1985, dort das Kapitel „Do We Have a Right to Pornography", S. 335–373 (359 ff.); weiterer Abdruck: *Ronald Dworkin*, Rights as Trumps, in: Jeremy Waldron (Hrsg.): Theories of Rights, Oxford 1984, S. 153–167; zum Ganzen *Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis, Berlin 1988, S. 94–98.

63 Zu einer mehrpoligen Abwägung sogleich unter 3 c.

64 Wortlaut: „Die Bauleitpläne sollen eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen miteinander in Einklang bringt, und eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung gewährleisten. Sie sollen dazu beitragen, eine menschenwürdige Umwelt zu sichern, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln sowie den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den „Planungsleitlinien" (§ 1 Abs. 6 BauGB[65]), die, dabei zu berücksichtigen sind. § 1 Abs. 7 BauGB nennt all dies dann im Hinblick auf den konkreten Fall die abzuwägenden „Belange".

Im Strafrecht haben wir die „Umstände", die bei der Strafzumessung als Gründe pro und contra zu berücksichtigen sind, schon zitiert.

54 Bei einer derartigen Abwägung müsste man methodisch so vorgehen, dass man das Gewicht der verschiedenen Parameter zunächst *abstrakt* bestimmt – auch etwa dergestalt, dass manche von ihnen Vorrang haben – und sodann im *konkreten* Fall „Punkte verteilt", also etwa für jeden Parameter eine Punktzahl von 1 bis 5, die die Betroffenheit des Parameters im Einzelfall gewichtet.[66]

Zum APGAR-Score bei der Beurteilung des Gesundheitszustands von Neugeborenen siehe unter § 35 Rn. 64.

In der deutschen Jurisprudenz werden solche Verfahren[67] freilich eher als scheinrational betrachtet.[68] Nichtsdestoweniger sollte auch hier jedenfalls für den konkreten Fall – man denke an den großen Planfeststellungsbeschluss zum Vorhaben „Stuttgart 21" – eine Gewichtung der Belange „als solcher" vorgenommen werden – hier etwa: Verkehrspolitik versus Umweltschutz – und sodann deren Bedeutung im Einzelfall gewichtet. Man spricht insofern auch von „Wichtigkeitsgrad" und „Beeinträchtigungsgrad" der jeweiligen Belange.[69]

55 Dass dabei der planenden Instanz eine „planerische Gestaltungsfreiheit" zusteht, haben wir schon erwähnt. Hinzugefügt sei, dass nach ganz herrschender Meinung im Bauplanungsrecht keiner der vielen „Belange" vor anderen „Belangen" den Vorrang hat – insbesondere nicht etwa stets die öffentlichen Belange vor den privaten.[70] Dass man es nicht geschafft hat, dem **Umweltschutz** (§ 1 Abs. 6 Ziff. 7, § 1a BauGB) beizeiten, also schon im letzten Jahrhundert, einen **Vorrang** einzuräumen,[71] werden uns kommende Generationen mit Recht vorwerfen.

---

der Stadtentwicklung, zu fördern, sowie die städtebauliche Gestalt und das Orts- und Landschaftsbild baukulturell zu erhalten und zu entwickeln." – Man sieht, es ist ein langer **Wunschzettel**, der auch immer wieder ergänzt wird.

65 Vom Abdruck der gesamten Vorschrift sehe ich ab: Es sind mittlerweile 14 Posten, teilweise mit Unterpunkten, und es werden, von der Tagespolitik motiviert, ständig mehr.

66 *Carsten Bäcker*, Juristisches Begründen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327 (325–327), rät zu diesem Verfahren offenbar bei jeder Form der Abwägung.

67 Ein Versuch, immerhin erschienen im Bundesanzeiger: *Erich Gassner*, Methoden und Maßstäbe für die planerische Abwägung, Köln 1993.

68 Siehe etwa OVG Münster, Urteil vom 5.12.1996 - 7a D 23/95.NE -, Beck'sche Rechtssammlung (BeckRS) 1996, 13851, Rn. 34: „scheinbar mathematische Systeme". Demgemäß findet sich denn auch im klassischen Kurzkommentar *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, 25. Aufl., München 2022, insofern: nichts.

69 Allgemein *Jan-Reinard Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990, S. 236 f. (siehe dort auch S. 18 f.: Subsumtions- und Abwägungsmodell); *Jan-Dirk Just*, Ermittlung und Einstellung von Belangen beider planerischen Abwägung, Münster 1996; S. 71 f.

70 BVerwGE 47, 144 (148) – öffentlicher Parkplatz (1974) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]].

71 Zu den Konsequenzen nicht unpolemisch *Michael Krautzberger/Bernhard Stüer*, Städtebaurecht 2004: Umweltprüfung und Abwägung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2004, 914–924, Untertitel: „Vom schlichten Wegwägen zum Grundsatz der nachhaltigen Trauerarbeit".

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

56 Wie auch immer: Die „Abwägung 1" ist jedenfalls keine Grenze, die dem Rechtsanwender auf der Rechtsfolgenseite gezogen wurde. Sie dient ganz im Gegenteil einem *Optimierungsgebot*, zu dem ein autoritativer Rechtstext die Tür geöffnet hat. Und sie findet ihre Grenze nur im Verbot sachfremder „Parameter", insbesondere im Willkürverbot.

b) Abwägung 2: Zweck-Mittel-Relation (Verhältnismäßigkeit)

57 Die zweite Form der Abwägung haben wir ebenfalls schon erwähnt, und wir können sie sehr kurz abhaken: die Abwägung von Mitteln im Hinblick auf einen Zweck. Dies ist die „Abwägung" im Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Wie wir gesehen haben, hat sie unproblematisch dort ihren Platz, und zwar als Grenze, wo in Rechte eingegriffen wird.

Klassischer Ort daher: das Recht der Gefahrenabwehr („Polizeirecht").

Problematisch wird es hingegen, wenn ein Gericht – hier das BVerfG – vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einen möglichst hochrangigen politischen Zweck in den Vordergrund stellt und sodann einen Eingriff in subjektive Rechte, der allenfalls ein Zwischenziel erreicht, als „geeignet und erforderlich" durchwinkt, weil er angesichts des hohen Ziels jedenfalls als „angemessen" erscheint.[72] Auf diese Weise wird im ersten Schritt Politik gemacht, damit im zweiten Schritt das Recht zurücktritt. Eigentlich sollte es gerade anders herum funktionieren: Im ersten Schritt muss sich das – konkrete! – politische Ziel erst einmal vor dem subjektiven Recht rechtfertigen. Erst dann kann man fragen, ob der Eingriff in dieses Recht „geeignet, erforderlich, angemessen" ist.

58 Im Klartext: Das unbestreitbar höchstrangige Ziel „Klimaschutz" lässt auf den ersten Blick jedes subjektive Recht leicht zurücktreten. Dennoch ist das Zwischenziel „Schaffung *politischer* Akzeptanz" bei den einen (noch dazu durch eine Art Bestechung) kein *legitimes* Ziel, das Eingriffe in Rechte der anderen – hier in die Eigentums- oder Berufsfreiheit, zudem in die Vereinigungsfreiheit[73] – rechtfertigen könnte. Politische Akzeptanz hat die Politik sich selbst zu beschaffen.[74]

c) Abwägung 3: Aufeinanderabstimmen von Regeln (und korrespondierenden Rechten)

59 Eine dritte Form der „Abwägung" schließlich ist weder eine „Grenze" bei der Rechtsfolgenbestimmung noch gar ein schlichtes „Optimierungsgebot" wie im Planungsrecht, sondern letztlich (und logisch) nichts anderes als ein Aufeinanderabstim-

72 Quintessenz aus BVerfGE 161, 63 (109–130, Rn. 98–156) – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022). Sachverhalt: Ein Gesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern schrieb und schreibt vor, dass Windenergieanlagen nur noch in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden dürfen, bei der ein Teil der GmbH-Anteile an ortsansässige Bürger (und auch an die Gemeinden selbst) verkauft werden muss. Damit soll die „Akzeptanz in der Bevölkerung" für die Windkraft gesteigert werden. Das ist wohl eher Wunschdenken. Mehr dazu § 34 IIb Rn. 67–75.

73 Artikel 14, 12, 9 Abs. 1 GG.

74 *Lege*, Beschaffung politischer Akzeptanz? In: NVwZ 2019, 1000–1005.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

men von Regeln – und den damit korrespondierenden[75] Rechten. Bildlich könnte man auch von einer „Grenzziehung im Gegenseitigkeitsverhältnis" sprechen: Man muss von zwei Seiten her zu einem Ausgleich der Interessen kommen. (Auch das Bild einer Mehrpoligkeit[76] böte sich an.)

Klassischer Fall: Der Vermieter V kündigt dem Mieter M, er erwirkt sogar ein Räumungsurteil. Der Mieter droht obdachlos zu werden und draußen zu erfrieren. Die Behörde weist ihn deshalb in seine bisherige Wohnung ein.[77]

Diese Maßnahme lässt sich, um damit zu beginnen, auf die polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Generalklausel stützen: 60

§ 13 SOG M-V Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

Zur „öffentlichen Sicherheit" gehört nämlich auch der Schutz von Rechtsgütern Einzelner[78] (aber nur „als Teil der Allgemeinheit"![79]), so dass hier auf Seiten des Mieters M das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) ins Spiel kommt.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – aber *erst hier*! – ist dann zu prüfen, ob zum Schutz dieses Rechts (und damit der „öffentlichen Sicherheit") die Einweisung nicht nur „geeignet" und „erforderlich", sondern auch „verhältnismäßig (im engeren Sinn)" bzw. „angemessen" war. Allerdings bildet dann gerade nicht das Grundrecht des Mieters M den Einstieg (sozusagen als Trumpf[80]), sondern das Grundrecht des Vermieters V aus Art. 14 Abs. 1 GG – Eigentum –: Er ist es ja, in dessen Rechtsphäre der Staat eingreift, *sein* Grundrecht ist die erste Grenze, wenn der Staat die öffentliche Sicherheit retten will. Das Grundrecht des Mieters M (Art. 2 Abs. 2 GG) dient nur dazu, diesen Eingriff des Staates zu stützen (Überwindung der Grenze), und es kann ihn nur so weit stützen, wie dies nötig ist (Begrenzung der Überwindung der Grenze).[81] 61

75 „Korrespondieren" heißt: Es gibt hinsichtlich „Recht und Regel" kein logisches Prius, kein „zuerst war die Regel" oder „zuerst war das Recht". Jedes Recht folgt aus einer Regel, und jede Regel (*Recht*sregel, versteht sich) vermittelt ein Recht. Es ist wie mit dem Huhn und dem Ei.

76 In der Rechtswissenschaft kein fremdes Bild, siehe etwa: *Norbert Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, Berlin 1982, S. 100 („Multipolarität"); *Matthias Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, Berlin 1992.

77 Instruktiver Fall (dort allerdings Gefahr wegen einer psychischen Erkrankung des Mieters): Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2010, 1094–1096.

78 Siehe nur *Heinrich Lang*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern. Studienbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, § 5 Rn. 37, 47.

79 Deshalb gehört der Schutz privatrechtlicher Rechte nur dann zur öffentlich-rechtlichen „Gefahrenabwehr, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne die Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird", so § 1 Abs. 3 SOG M-V.

80 … um nochmals an Ronald Dworkin anzuknüpfen (Fn. 62).

81 Unter Umständen muss auch eine Entschädigung gezahlt werden, § 72 Abs. 1 SOG M-V: „Wer nach § 71 in Anspruch genommen wird, kann Entschädigung für den ihm hierdurch entstandenen Schaden verlangen." (§ 71 regelt die „Inanspruchnahme des Nicht-Störers".) – Klassischer Fall BGHZ

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu dem gleichen Ergebnis ist das Preußische Oberverwaltungsgericht übrigens schon im Jahr 1920 gekommen – ganz ohne Grundrechte.[82]

62 **Methodisch** zeigt sich also: Mit der „Abwägung 3" ist die Interpretation *eines* Rechtssatzes verlassen. Bei der „Abwägung 3" geht es vielmehr immer um das Aufeinander-Abstimmen *mehrerer* Rechtssätze – hier der Rechtssätze des Art. 14 Abs. 1 und des Art. 2 Abs. 2 GG. Anders gewendet: „Abwägung 3" überschreitet *immer* die schlichte Interpretation (Auslegung) von einzelnen Regeln, es ist immer eine Operation mit mehreren Regeln.

Wir werden deshalb erst in § 18 darauf zurückkommen.

4. Grenze: Selbstbindung (Gebot der Gleichbehandlung)

63 Sehr wohl eine Grenze (auf der Rechtsfolgenseite) ist hingegen, und zwar aus Gründen der Logik, das Gebot der Gleichbehandlung gleicher Fälle. Es führt zu einer Selbstbindung *jeder* Instanz, die für sich in Anspruch nimmt, sich an Recht und Gerechtigkeit zu orientieren.

Das „Wesen" der Gerechtigkeit ist nun einmal zuallererst die Gleichbehandlung gleicher Fälle (siehe schon § 11 Rn. 36 zu Aristoteles; die Kunst liegt dann natürlich oft im Differenzieren.) Und das „Wesen" der Logik ist Folgerichtigkeit (§ 4).

a) „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte" (Goethe)

64 Erinnern wir uns: Eine jede Entscheidung eines Falls trägt in sich den „Keim zur Verallgemeinerung" – denn es gibt keine *völlig* einzigartigen Fälle[83] („Sonne" ist ein Allgemeinbegriff, auch wenn es nur eine gibt). Verallgemeinerungen wiederum sind der Ausdruck für eine *Regel*, mag sie dem Entscheider schon bewusst sein oder auch nicht. Jedenfalls aber hat er diese *Regel*, nach der er den ersten Fall entschieden hat, auch im nächsten, gleich liegenden Fall zum Maßstab[84] seiner Entscheidung zu machen – dies ist die „Selbstbindung", die ein jedes Recht erst zum Recht macht. (Und zwar unabhängig davon, ob dies explizit in einem Gesetz – wie Art. 3 GG – geregelt ist.)

In den Worten Mephistos: „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte."[85]

130, 332 – Einweisung einer Mutter mit vier Kindern (1995) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite).

82 PrOVGE 75, 339 – Einweisung einer Arbeiterfamilie (1920) (Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts Band, Seite).

83 Zur Wunsiedel-Entscheidung unten § 27 III. – Interessante Dissertation: *Max Weber* (nicht der berühmte Soziologe), Atypischer Einzelfall und allgemeines Gesetz. Die Berücksichtigung atypischer Sachverhalte im Zusammenspiel von Rechtsetzung und gebundener Rechtsanwendung, Tübingen 2023.

84 Im Englischen gibt es eine hübsche Verwandtschaft zwischen Regel (*rule*) und Lineal (*ruler*).

85 *Johann Wolfgang von Goethe*, Faust, Teil 1, Studierzimmer, Vers 1412. Kontext: Der Teufel muss immer durch dieselbe Tür oder Öffnung hinaus, durch die er auch hineingekommen ist. Faust antwortet (Vers 1413): „Die Hölle selbst hat ihre Rechte?".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Oder besser noch in Anlehnung an die Bibel: „Die Logik höret nimmer auf."[86] Und damit auch nicht der Zwang zur Konsequenz (Folgerichtigkeit).

b) Die Entstehung neuer „dogmatischer Tatbestände"

Auf diese Weise sieht man zugleich: Die „Grenze", die die erste Entscheidung qua Selbstbindung der zweiten Entscheidung zieht, ist **methodisch** nichts anderes als die Rückwirkung der *Rechtsfolge* dieser Entscheidung auf einen neuen „Tatbestand" – oder sagen wir besser: auf eine neue *Regel* auf der Rechtsfolgenseite. Man mag im ersten Zugriff gesagt haben: *I cannot define it, but I know it when I see it* (s.o. § 15a Rn. 50). Spätestens im zweiten Fall muss man sagen: Der erste Fall hatte die Merkmale A, B und C, der zweite Fall hat sie ebenso (oder auch nicht) – *also* muss er ebenso entschieden werden (oder eben auch nicht). 65

Logisch betrachtet gerinnt auf diese Weise die *Aussage*, die zum ersten Fall als **Regel** formuliert wurde, zum *Begriff* auf deren „Wenn-Seite". Und dies durch eine logische *Schlussfolgerung* per Abduktion und Induktion (§ 6 III, § 10 Rn. 14): Hmm, könnten wir die Merkmalskombination A, B und C nicht – zum Beispiel – „Korruption" nennen?

Ich schlage vor, dieses Phänomen als die Entstehung von „Tatbeständen der Dogmatik" zu bezeichnen (oder auch: von *dogmatischen Tatbeständen*). Man weiß dann erstens, dass sie wie gesetzliche Tatbestände funktionieren, dass sie aber, zweitens, keineswegs gesetzliche Tatbestände *sind*. Anders gewendet: Sie sind nicht selbst schon ein autoritativer Text, sondern nur eine Interpretation. 66

Gutes Beispiel: Die eingangs erwähnte Ermessensfehlerlehre mit ihren „Fallgruppen" oder eben *dogmatischen* Tatbeständen von „Ermessensüberschreitung", „Ermessensunterschreitung", „Ermessensnichtgebrauch" – oder auch weiteren „Tatbeständen" (aus meiner Sicht immer noch am leichtesten fassbar: „sachfremde Erwägungen" wie im Gastwirt-Sondernutzungs-Fall oben III 1 a). All dies ist lediglich *Interpretation*.

5. Annex: Rückwirkung der Rechtsfolge auf gesetzliche Tatbestände

In der gleichen Weise wirkt übrigens auch bei gebundenen Entscheidungen („Muss-Vorschriften") die Rechtsfolge auf die Interpretation des *gesetzlichen* Tatbestandes zurück. Nehmen wir noch einmal 67

§ 3 StVG Erweist sich jemand als ungeeignet oder nicht befähigt zum Führen von Kraftfahrzeugen, so hat ihm die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen.

Auch hier entscheidet man letztlich mit Blick auf die Rechtsfolge, wann jemand derart unfähig oder unzuverlässig ist, dass man ihn nicht am Steuer eines Kraftfahrzeugs auf die Allgemeinheit loslassen kann. Mit anderen Worten: Die Begriffe „ungeeignet" und „nicht befähigt" werden im Hinblick auf diese Rechtsfolge näher bestimmt (zum Begriff „konkretisieren" sogleich unter § 15c Rn. 4–28). Der „Spielraum" wandert hier

86 1. Kor 13, 8 (Erster Brief des Paulus an die Korinther): „Die Liebe höret nimmer auf."

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

also – als sogenannter Beurteilungsspielraum – auf die Seite des *gesetzlichen* (nicht: dogmatischen) Tatbestands (s.o. § 15a Rn. 70–75).[87]

IV. Die Interpretation „programmatischer Rechtsaussagen"

68 Gelegentlich gibt es Rechtssätze, die nicht nach dem schnöden Schema „Tatbestand plus Rechtsfolge" konstruiert sind, die aber dennoch unzweifelhaft als „normative Aussagen" (Hollerbach[88]), genauer, als Sätze des geltenden Rechts verstanden werden wollen. Sie finden sich vor allem im Verfassungsrecht, einige haben wir schon erwähnt:

> **Art. 1 Abs. 1 GG** Die Würde des Menschen ist unantastbar.
>
> **Art. 3 Abs. 1 GG** Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
>
> **Art. 20 Abs. 1 GG** Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.
>
> **Art. 20 Abs. 2 GG** Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. (…)
>
> **Art. 28 Abs. 1 GG** Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.

69 Ich möchte derartige Sätze als „programmatische Rechtsaussagen" bezeichnen, weil sie etwas geisterhaft-gasförmig durch die Rechtsordnung schweben. Aus ihnen müssen „echte" Rechtssätze mit Tatbestand und Rechtsfolge erst noch herausdestilliert werden[89] (und diese können sich dann zu Begriffen verfestigen, etwa zur „Objektformel" bei der Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG – Menschenwürde[90]).

1. Allgemeine Einordnung der programmatischen Rechtsaussagen

70 In den juristischen Methodenlehren und in der Rechtstheorie, aber auch in der juristischen Dogmatik gibt es eine ganze Reihe von Modellen dafür, was derartige programmatische Rechtsaussagen „sind" und vor allem: wie man sie „anzuwenden" hat. Am bekanntesten dürfte die Kennzeichnung als „Prinzipien" sein, die sich eben noch nicht zu dem Wenn-dann-Schema von „Regeln" auskristallisiert haben und deshalb erst zu Regeln ausdifferenziert werden müssen. Sie sind dann gewissermaßen Regeln zum Umgang mit Regeln (dazu unten § 18).

71 Ebenfalls verbreitet dürfte die Vorstellung sein, dass die Verfassungsinterpretation gegenüber der „sonstigen" juristischen Interpretation eine besondere Stellung einnimmt oder gar etwas Eigenes und Anderes ist – eben weil die Verfassung eine ganze Reihe

87 Zu diesem Zusammenhang von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite auch *Wolfgang Frisch*, Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und „Beurteilungsspielraum" im Strafrecht, in: NJW 1973, 1345–1349. These am Ende: Im Strafrecht haben solche Spielräume nichts zu suchen, es gibt nicht „mehrere rechtlich gleichwertige Ergebnisse", sondern „nur eine richtige Lösung".

88 Siehe bei Fn. 4.

89 Das Bild von drei Aggregatzuständen des Rechts in Anlehnung an *Oliver Lepsius*, Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, Tübingen 2016 (der allerdings als Festkörper die Einzelfallentscheidung sieht).

90 Dazu schon § 5 III Rn. 93 mit Fn. 183.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von programmatischen Rechtsaussagen enthält. Damit korrespondiert die Redeweise von einer „Konkretisierung“, derer die Verfassung bedarf.

> Ausgiebig von „Konkretisierung“ spricht das BVerfG zum Beispiel in der mehrfach erwähnten Entscheidung zur ersten Bundestagsauflösung 1982/83 (Helmut Kohl)[91] – wir kommen darauf zurück (§ 15c Rn. 17–19). Sehr viel „Konkretisierung“ (hier des Art. 20a GG – Schutz der Natur auch in Verantwortung für die künftigen Generationen) findet man auch im sensationellen Beschluss zum Klimawandel von 2021.[92]

Die NJML ist gegenüber solchen Sonder-Methodenlehren eher misstrauisch. Sie hegt den Verdacht, dass mit ihnen sowohl die Bindung an autoritative Texte gelockert als auch die seriöse Auseinandersetzung mit Präjudizien vermieden wird (Stichwort „schlechtes Fallrecht“, § 15a Rn. 44–46). Stattdessen lassen sich im Nebel vieldeutiger Formeln die *politisch* (oder auch wirtschaftlich oder gesellschaftlich) gewünschten Ergebnisse als Ableitungen aus dem *Recht* darstellen.

Die NJML betont hingegen: Es gibt nur eine juristische Methode, und sie besteht 72
aus Logik, Logik und Logik (Deduktionen, Induktionen, Abduktionen) – plus Interpretation. Ihr Kern besteht in der Bildung und Interpretation von *Regeln*, die aus möglichst klaren Begriffen bestehen sollten, was praktisch bedeutet: Es muss möglichst genau vorhersehbar sein, in welchen Fällen sie zu welchen Rechtsfolgen führen. Wenn man es daher mit „programmatischen“ Rechtsaussagen zu tun hat, die lediglich eine Zielvorstellung formulieren – „Rechtsstaat“, „Demokratie“ etc. – sollte man sie eher vorsichtig und fallnah zu Regeln ausdifferenzieren, statt in sie hineinzudeuten, was man *als Interpret* für das Wesen von Demokratie oder Rechtsstaat hält.

2. Beispiele

Die folgenden Beispiele genügen diesen methodischen Postulaten mal mehr, mal weni- 73
ger.

a) Der „Rechtsstaat“ und seine Politisierung

Zunächst ist natürlich nicht zu bestreiten: Das „**Rechtsstaatsprinzip**“ muss, wenn es 74
eine praktische Bedeutung haben soll, selbstverständlich in „Unterprinzipien“ ausdifferenziert werden – oder genauer: in Regeln, die sich „anwenden“ lassen. Diese Regeln finden sich teils schon an anderen Stellen des Grundgesetzes, so etwa vornehmlich in

> **Art. 20 Abs. 3 GG** Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

Oder noch klarer als Regeln formuliert:

> **Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG** Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten.
>
> **Art. 19 Abs. 4 GG** Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.

91 BVerfGE 62, 1 – Bundestagsauflösung I (1983): siebenmal „Konkretisierung“.
92 BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz (2021): rund 27mal „Konkretisierung“ und Ableitungen davon.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Übrigen lassen sie sich häufig mit guten Argumenten aus dem „Wesen" des Rechts ableiten: Wenn das Recht den Menschen eine Orientierung bieten soll, dann müssen die Menschen es kennen können („Bestimmtheitsgebot"), das Recht darf auch grundsätzlich nicht für Sachverhalte gelten, die in der Vergangenheit liegen („Rückwirkungsverbot").[93]

75 Problematischer ist, dass nach erschlagend herrschender Meinung auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, kraft Verfassung die gesamte Rechtsordnung durchdringt. Problematisch ist dies vor allem deshalb, weil der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerade nicht ein *Rechtssatz* ist, also eine *Regel*, die konditional („wenn – dann", s.o. Rn. 5–6) einen Tatbestand mit einer Rechtsfolge verknüpft (mit Luhmann: „Konditionalprogramm"). Stattdessen geht er von Zielen aus und fragt nach den Mitteln, mit denen sie erreicht werden sollen („Finalprogramm" oder auch „Zweckprogramm").[94]

76 Für das *Recht* ist nun aber kennzeichnend, dass es – und dies schon im Codex Hammurabi[95] – nach Konditionalprogrammen operiert (letztlich wegen der Orientierungsgewissheit, die nur sie gewähren: tust du dies, erwartet dich das). Finalprogramme sind hingegen das Kennzeichen der *Politik* (und auch der Wirtschaft oder der Erziehung): Der Zweck bestimmt die Mittel. Daraus folgt:

> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn man ihn so weit interpretiert wie die deutsche Jurisprudenz, stellt „im Prinzip" die gesamte Rechtsordnung unter den Vorbehalt der Politik. Dadurch wird sie unberechenbar.
>
> Vielleicht ist genau dies aber der Grund dafür, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu einem „Exportschlager" geworden ist.[96]

b) „Demokratie": Festlegung auf eine enge Interpretation

77 Das Demokratieprinzip ist ein Beispiel dafür, dass der Begriff seit Beginn der Bundesrepublik gerade nicht als „offen" und ausfüllungsfähig angesehen wurde. Vielmehr

93 Übersicht über die Unterprinzipien des Rechtsstaatsprinzips in allen Lehrbüchern und Kommentaren zum Grundgesetz: Gewaltenteilung; Bindung an Verfassung, Gesetz und Recht; Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, insbesondere (a) Vorrang des Gesetzes (kein Handeln des Staates *gegen* das Gesetz) und (b) Vorbehalt des Gesetzes (kein Handeln *ohne* Gesetz bei „Eingriffen in Freiheit und Eigentum"); Verhältnismäßigkeit (fraglich); Vertrauensschutz, insbesondere Rückwirkungsverbot und Bestimmtheitsgrundsatz (beides zuvörderst im Strafrecht); Gebot effektiven Rechtsschutzes; Existenz von Grundrechten (fraglich); Ausrichtung an der Gerechtigkeit (schwer fassbar, aber selbstverständlich).

94 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S 195–204; das Kapitel heißt übrigens „Codierung und Programmierung". – Die Unterscheidung von Konditional- und Final/Zweckprogramm findet sich aber auch schon zuvor: *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, Band 2, Hamburg 1972, S. 227–234.

95 Der Codex Hammurabi (neuerdings: Hammurapi) ist eine Gesetzessammlung, die im 18. Jahrhundert vor Christus in Babylonien entstanden ist. Der Text ist in eine Stele (Säule) aus Diorit eingemeißelt, die Stele befindet sich heute in Paris im Louvre. Das Pergamonmuseum in Berlin hat eine Kopie davon und unterrichtet über sie unter https://www.flickr.com/photos/hen-magonza/6166638003/in/photostream/ <16.12.2023>.

96 Formulierung erstmals wohl von *Christoph Engel*, Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts. Eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015, S. 97–128 (97).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wurde in ihn – mehr oder weniger detailliert – hineininterpretiert, dass nur das im restlichen Grundgesetz ausbuchstabierte System von (repräsentativer und parlamentarischer) Demokratie auch „Demokratie“ im Sinn des Art. 20 Abs. 2 GG sei.[97] Praktische Folge: Eine Verfassungsänderung, die dieses System ändern wollte, wäre gemäß Art. 79 Abs. 3 GG[98] unzulässig.

Natürlich ist dies angesichts des damaligen Ost-West-Konflikts und des System-Wettbewerbs mit sozialistischen „Volksdemokratien“ politisch nachvollziehbar.[99]

Ein zweites Beispiel von Hineininterpretieren findet sich in den Entscheidungen des BVerfG zum Ausländerwahlrecht. Dort wurde aus dem Begriff „Demokratie“ gefolgert, dass auch bei Wahlen auf der Ebene von Städten und Gemeinden („Bürgermeisterwahl“) unter dem Begriff „Volk“ nur das Staatsvolk zu verstehen sei – also nur die deutschen Staatsangehörigen.[100] Der Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG[101] hätte dies nicht zwingend verlangt[102] – und es ließ sich auch nicht folgerichtig durchhalten: Europäisches Recht verlangte die sofortige Korrektur, dass auch EU-Ausländer wahlberechtigt sind.[103] 78

Nicht konsequent durchhalten ließ sich auch die Lehre von der „ununterbrochenen Legitimationskette“, die von den Wählern über die Regierung bis in die letzten Niederungen der Verwaltungsorganisation reichen soll.[104] Sie wurde alsbald dahingehend relativiert, dass nur ein bestimmtes „Legitimationsniveau“ erreicht werden muss.[105]

97 Am weitestgehenden und deutlichsten *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bunderepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, § 18 II 3: „Das demokratische Prinzip des GG ist normativ geprägt; es ist eine ganz bestimmte *konkrete Ausgestaltung der Idee* der Demokratie, die sich z.B. in der Absage an plebiszitäre und präsidentielle Demokratieelemente manifestiert.“ Demgegenüber *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 20 Rn. 153: Ein parlamentarisches Regierungssystem (in dem der Kanzler/Regierungschef vom Parlament gewählt und u.U. abgewählt wird) ist nicht zwingend vorgeschrieben, vielmehr wäre ein „Wechsel zum Präsidialsystem“ (in dem, wie in den USA, der Regierungschef direkt vom Volk gewählt wird) „nicht ausgeschlossen“. Ebenso *Friedrich E. Schnapp*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl., München 2012, Art. 20 Rn. 19.

98 Wortlaut: „Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche (…) die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“

99 Klassische Entscheidung: BVerfGE 5, 85–393 – KPD-Verbot (1956); wegweisend zuvor schon BVerfGE 2, 1–79 (12 f.) – SRP-Verbot (1952). KPD stand für Kommunistische Partei Deutschlands, SRP für Sozialistische Reichspartei (sie bestand „vornehmlich aus ‚alten Kämpfern‘ und aktiven Nationalsozialisten“, S. 23).

100 BVerfGE 83, 37 – Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein (1990); BVerfGE 83, 60 – Ausländerwahlrecht Hamburg (1990).

101 Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG: „In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.“

102 Siehe die gallige Kritik von *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis (StWStPr) 1994, 305–330.

103 Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG lautet deshalb: „Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden [darunter fallen auch die Städte] sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar.“

104 BVerfGE 83, 60 (72 f.) – Ausländerwahlrecht Hamburg (1990).

105 BVerfGE 93, 37 (67) – Mitbestimmung der Personalräte (1995).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Gleichheitssatz: Von der Willkürformel hin zur Formel für Willkür

79 Das vielleicht problematischste Beispiel zum Umgang mit programmatischen Rechtsaussagen bietet schließlich der Gleichheitssatz des Grundgesetzes. Er lautet, wie schon erwähnt:

> **Art. 3 Abs. 1 GG** Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Die hierzu entwickelte Dogmatik[106] lässt sich kurz wie folgt skizzieren: Der Gleichheitssatz gebietet, „Gleiches gleich zu behandeln". Zudem verbietet er nicht, ja gebietet sogar, „Ungleiches ungleich", genauer: seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln.[107] Zudem ist anerkannt, dass der Gleichheitssatz nicht nur die Rechtsanwendungsgleichheit im Sinn gleicher Gesetzesanwendung meint („sind vor dem Gesetz gleich"), sondern auch den Gesetzgeber selbst bindet[108] (auch er muss Gleiches gleich behandeln) und letztlich die gesamte Staatsgewalt.

Aber wie weit geht diese Bindung? Zumal der Gesetzgeber eigentlich einen großen Gestaltungsspielraum hat, ja haben sollte (siehe schon oben Rn. 47–48) – gerade in einer Demokratie! Insofern hat es eine bemerkenswerte Entwicklung gegeben.[109]

80 Zunächst wurde dem Gesetzgeber ein großer Spielraum gelassen: Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liege nur vor, wenn der Gesetzgeber willkürlich Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt (**Willkürformel**).[110] Dies wurde für manche Bereiche verschärft, etwa für die Ungleichbehandlung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Hinblick auf Kündigungsfristen. Hier hat das Gericht eine „**Neue Formel**" aufgestellt, die jedenfalls dem Wortlaut nach eine intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung (also: politische Überprüfung, siehe oben) von Gesetzen erlaubt:

> „Eine Ungleichbehandlung mehrerer Gruppen von Normadressaten ist mit Art. 3 Abs. 1 GG nur dann vereinbar, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen. (…) Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen."[111]

81 Dass eine solch intensivste Überprüfung nicht immer angebracht ist, wohl aber angebracht sein kann, sagt sodann die „**Neueste Formel**":

> „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen."[112]

Aber wann gilt welche Formel? Das BVerfG vermeidet es geradezu, sich festzulegen, wenn es nun in einer sogenannten „**Stufenlos-Formel**" verkündet:

---

106 Bahnbrechend schon ganz früh BVerfGE 1, 14 (Leitsatz 18) – Südweststaat (1951).

107 Das sich hier etwa im Hinblick auf die Eigenart von Frauen und Männern viel verändert hat, liegt auf der Hand.

108 Auch dies schon in BVerfGE 1, 14 (Leitsatz 18) – Südweststaat (1951).

109 Zum Folgenden und überhaupt zu Art. 3 GG: *Uwe Kischel*, Art. 3 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) Grundgesetz, insb. Rn. 24–29 zu den „Formeln".

110 Schön auch BVerfGE 18, 121 – Fiskusprivileg beim Mieterschutz (1964): „die Unsachlichkeit der getroffenen Regelung muß evident sein".

111 BVerfGE 82, 126 (146) – Kündigungsschutz (1990).

112 BVerfGE 88, 87 (96) – Transsexuellengesetz (1993).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen können."[113]

Man wird nicht sagen können, dass dies zu einer großen Rechtsklarheit führt. Eher ist man geneigt zu sagen: Es hat eine Entwicklung stattgefunden von der Willkürformel hin zu einer **Formel für Willkür** – Willkür bei der Wahl des konkreten Prüfungsmaßstabs. 82

3. Fazit: Methodischer Freistil und verfassungsrechtliche Hybris

Alles in allem wird man sagen können: Bei der Interpretation der hier so bezeichneten „programmatischen Rechtsaussagen" herrscht derzeit und seit langem – und jedenfalls in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – eine Art methodischer Freistil. Man sollte sich zumindest fragen, ob es nicht auch anders möglich wäre. 83

Denn ein Effekt ist nicht zu verkennen: Je mehr das BVerfG sich nach Gutdünken zum Kontrolleur politischer Entscheidungen macht, desto weniger Verantwortung trägt das *politische* System „dem Bürger gegenüber". Wenn sich der Gesetzgeber (!) immer weniger vor dem Volk und immer mehr „vor Karlsruhe" verantworten muss, dann ist es kein Wunder, wenn sich Teile der Bevölkerung unter Berufung „auf Karlsruhe" zu Gerichtsvollziehern aufschwingen, die der legitim gewählten Regierung „Verfassungsbruch" vorwerfen, sich deshalb an das Recht nicht mehr gebunden sehen und dem Gemeinwesen stattdessen mit plakativen Aktionen ihren Willen aufzwingen wollen. 84

Gemeint sind natürlich die Klebeaktionen der „Letzten Generation". An ihnen stört mich eigentlich nur diese verfassungsrechtliche Hybris.

V. Resümee: Logik und Wertung

§ 15b hatte zum Thema: „Regeln interpretieren – Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes". Er sollte im Wesentlichen zeigen: Die Interpretation von Regeln ist ein weites Feld und jedenfalls mehr als die „Begriffsbildung" auf der Tatbestandsseite „der Norm" (des Rechtssatzes). Wir spielen aber auch auf diesem weiter gefassten Feld stets nach den Regeln der Logik („working logic"), und ein Bedürfnis für unhintergehbare „Wertungen" haben wir nicht wirklich entdecken können. 85

Ganz im Gegenteil sollte man mehr Methodenkritik wagen. Und ernst nehmen.

113 BVerfGE 129, 49 (Leitsatz 1) – Bundesausbildungsförderungsgesetz/Teilerlass (2011).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 15c Regeln (Rechtssätze) interpretieren III: Irrlehren

1 Wir haben uns in § 15a und § 15b, und zwar ausgehend von der syllogistischen Logik („Regel – Fall – Ergebnis"), ausgiebig mit der Interpretation von „vorgefundenen" (§ 14) **Regeln** beschäftigt, genauer: mit der Auslegung von autoritativen Texten, die, formuliert in Rechtssätzen („Wenn – Dann"), normative Aussagen darüber enthalten, was „in der Regel" rechtens sein soll.

In den §§ 16 bis 20 werden wir dann sehen, wie man Regeln korrigiert/anpasst, wie man sie erfindet, aufeinander abstimmt und systematisiert.

2 Dabei haben wir uns erstens mit den Rechts**begriffen** beschäftigt, zweitens mit der *Aussage* des Rechtssatzes als ganzer – nennen wir es ruhig: mit der Rechts**aussage**, genauer: *Regel*aussage.

Die Rechtsaussage ist, wenn sie eine *Regel* formuliert, in einer Wenn-dann-Struktur formuliert (Tatbestand und Rechtsfolge, „Rechtssatz"). Selbstverständlich müssen aber auch Rechtsaussagen, die sich auf einen *individuellen Sachverhalt* beziehen, unter Umständen interpretiert werden: Was genau haben Käufer und Verkäufer gemeint (*Haakjöringsköd*![1]), was genau genehmigt der Planfestfeststellungsbeschluss „Stuttgart 21"[2], welche Strafe wird gegen den Täter X verhängt?

Wie auch immer: In den §§ 15a und 15b ist zur Interpretation der Begriffe und der Gesamtaussage einer Rechtsregel **methodisch** alles Wesentliche gesagt (insbesondere auch, wie beides miteinander logisch zusammenhängt).

3 Umso mehr tut es not, im nun folgenden **§ 15c** einige verbreitete – sogar weit verbreitete – **Irrlehren** zur Interpretation von Rechtsregeln zu untersuchen. Wir werden mit der durchaus nebulösen „Idee der Konkretisierung" beginnen (I), sodann – sehr kurz – die Lehre vom Typus und die Topik vorstellen (II), die erste als Ausprägung von falschem Wertungspathos, die zweite als eine zu ernsthaft rezipierte Ironie (zu Ironie und Pathos § 30 II). Den Abschluss bildet die oft sehr hoch gehandelte „Verfassungsinterpretation" (III); wir werden sehen, dass an ihr nicht mehr „dran ist" als an der Interpretation sonstiger Rechtsregeln.

In § **15d** werden wir uns dann – mancher wird sicher denken: warum erst jetzt? – dem zuwenden, was woanders meist den Einstieg in die Methodenlehre bildet: der Lehre von den vier „**Canones**" der Auslegung, so wie sie heute gelehrt werden: Wortlaut, Historie, Systematik, Teleologie. Im Grund zeigt aber schon ein erster

---

1 Klassischer Fall im ersten Semester: Käufer und Verkäufer schließen einen Vertrag über die Lieferung von *Haakjöringsköd* und meinen dabei beide: Walfischfleisch. Allerdings bedeutet das norwegische Wort *Haakjöringsköd* auf Deutsch: Haifischfleisch. Welchen Inhalt hat der Kaufvertrag? Antwort: Verkauft und gekauft wurde Walfischfleisch. Dass beide Parteien es falsch bezeichnet hatten, ändert daran nichts (*falsa demonstratio non nocet* – eine falsche Bezeichnung schadet nicht). Es ist dies ein Fall des Reichsgerichts aus dem Jahr 1920: RGZ 99, 147 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite).

2 Planfeststellungsbeschluss nach § 18 Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) für den Umbau des Bahnknotens Stuttgart (Projekt „Stuttgart 21"), Planfeststellungsabschnitt 1.1 (Talquerung mit neuem Hauptbahnhof) (…) vom 28.01.2005. Der Beschluss umfasst 389 Seiten und ist im Internet zugänglich: https://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/mediathek/detail/media/pfa-11-talquerung-mit-hauptbahnhof-planfeststellungsbeschluss-planaenderungen/mediaParameter/show/Medium/ < 17.12.2023>.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Blick auf diese vier „Canones“ oder – wie Savigny sie genannt hat – auf diese vier **Elemente**, dass sie über die Auslegung einer einzelnen Rechtsaussage immer schon hinausweisen: Sie sitzen wie eine Spinne im Netzwerk („System“) der vielen Regeln, das wir im Recht mit Hilfe von Logik und Interpretation immer schon gestaltet haben und weiterhin gestalten. Und es gibt – um das schiefe Bild schief zu vollenden – eine Menge Strippen, an denen man ziehen kann.

I. „Konkretisierung“

In den juristischen Methodenlehren trifft man recht häufig auf den Begriff „Konkretisierung“. Oft ist wenig klar, was damit gemeint ist – und dies, obwohl die Kategorie „konkret“ in der *Dogmatik* (zum Begriff § 11 Rn. 8) durchaus eindeutig verwendet wird. Beginnen wir deshalb mit diesem Bereich! 4

1. „Abstrakt/konkret“ und „generell/individuell“ als Begriffe der Dogmatik

Der Begriff „konkret“ ist im dogmatischen Alltag – zumindest im Öffentlichen Recht – überaus geläufig. Dort dient „konkret“, als Bestandteil eines Begriffs-Quartetts, vor allem zur Abgrenzung von **Gesetzen** (im materiellen Sinn,[3] also Wenn-dann-Regeln) und **Einzelfallentscheidungen**, insbesondere Verwaltungsakten. Kurz und knapp: Gesetze (im materiellen Sinn) regeln ihre Sachverhalte **abstrakt-generell**, Verwaltungsakte und sonstige Einzelfallentscheidungen tun dies **konkret-individuell**. Dabei bezieht sich das Gegensatzpaar *generell/individuell* auf die Zahl der Adressaten (eine unbestimmte Mehrheit oder Einzelne), das Gegensatzpaar *abstrakt/konkret* auf die Eigenschaften des Sachverhalts (wird er allgemein oder „hier und jetzt“ geregelt?).[4] 5

Bedeutung hat dies vor allem für den Rechtsschutz. So spricht man etwa von einer „abstrakten Normenkontrolle“, wenn das BVerfG ein Gesetz unmittelbar auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG – Grundgesetz). Eine „konkrete Normenkontrolle“ liegt hingegen vor, wenn ein „Fachgericht“[5] ein Gesetz, auf dessen Grundlage es seinen konkreten Fall zu entscheiden hätte, für verfassungswidrig hält und die Sache deshalb dem BVerfG vorlegt (Art. 100 Abs. 1 GG).

All dies ist methodisch nicht besonders interessant.

Es blendet übrigens auch zwei weitere Kombinationen aus: „abstrakt-individuelle“ Regelungen (Anweisung, dass der Grundstückseigentümer X bei Schneefall den Gehweg zu räumen hat)[6] und „generell-konkrete“ (Widmung einer Straße für den 6

3 Demgegenüber sind Gesetze im formellen Sinn alle Akte, die von den gesetzgebenden Organen – z.B. Bundestag und Bundesrat – im Verfahren der Gesetzgebung beschlossen werden. Bekanntester Fall: das Haushaltsgesetz. Es enthält keine Wenn-dann-Regeln, sondern regelt einen Einzelfall: den Staatshaushalt für eine bestimmte Zeit, meist für ein Jahr.

4 Statt vieler zum Beispiel *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 4 Rn. 17.

5 „Fachgerichte“ (kein Begriff aus einem autoritativen Text [§ 14 Rn. 22]!) sind alle Gerichte, die nicht Verfassungsgerichte sind.

6 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 4), § 9 Rn. 21 meinen allerdings, „abstrakt-individuelle“ Regelungen seien eine „bloße Arabeske theoretischen Durchdeklinierens“.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

öffentlichen Verkehr). Auch dies sind Verwaltungsakte, der zweite in Form der sog. Allgemeinverfügung.[7]

2. „Konkret" als Methodenbegriff: eine Chiffre für „Offenheit" und „Wertung"?

7 Interessanter wird es, wenn man die Akzente leicht vereinfachend wie folgt setzt: Das Gegensatzpaar „generell/individuell" bezieht sich eher auf die *Quantität* (der Adressaten), das Gegensatzpaar „abstrakt/konkret" auf die *Qualität* (der Sachverhalte). Vor diesem Hintergrund scheint dann die Versuchung groß zu sein, den Sachverhalten „möglichst konkret" gerecht werden zu wollen – möglichst „lebensnah" und „einzelfallgerecht", nicht nach dem „Schema F" des Gesetzes. Mit anderen Worten: „**Konkret**" hat offenbar die **Konnotation** von „näher an der Sache und damit gerechter" – kurz: **sachnäher.**

Als „Konnotation" bezeichnet man Bedeutungen, die in einem Begriff nur „mitschwingen", meist in einem bewertenden Sinn.[8] So wird etwa der Begriff „Demokratie" heutzutage positiv konnotiert – bei Aristoteles war das noch anders. Oder man nehme den Begriff „Markt": Er trägt je nach politischer Richtung sehr positive Konnotationen (so im Liberalismus) oder sehr negative (im Kommunismus).

a) Der „konkret-allgemeine Begriff" bei Karl Larenz

8 Mit dieser Konnotation hat der Begriff „konkret" in der juristischen Methodenlehre eine wenig rühmliche Tradition. Gemeint ist Karl Larenz' Lehre vom „konkret-allgemeinen Begriff". Larenz hat mit ihr vor allem die Methoden des nationalsozialistischen Rechtsdenkens gerechtfertigt: Was das völkische Leben „konkret" verlangt, das muss auch rechtens sein. Und bei der Erkenntnis dessen, was *konkret* rechtens ist, gibt es nur eine einzige höchste Rechtsquelle: den Willen des Führers Adolf Hitler – mit dem man sich als Jurist zu identifizieren hat (ich füge hinzu: am besten in vorauseilendem Gehorsam). Und dies gerade auch dann, wenn man das konkret-Allgemeine dieses Führerwillens[9] „verstandesmäßig" nicht wirklich begreifen kann.[10] Der Führerwille

---

7 § 35 Satz 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) lautet: „Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft."

8 *Hans Hannappel/Hartmut Melenk*, Alltagssprache, 2. Aufl., München 1984, S. 128–131.

9 Glorifizierend *Karl Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 44: „Jene relative Selbständigkeit des Einzelnen gegenüber der Gesamtheit, von der oben, bei der Begründung des normativen Charakters des Gemeinwillens die Rede war, ist im Führer aufgehoben. Er gehorcht nicht einer an ihn gerichteten Norm, sondern dem Lebensgesetz der Gemeinschaft, das *in ihm* Fleisch und Blut gewonnen hat" (Hervorhebung im Original).

10 *Larenz*, Rechtserneuerung (Fn. 9), S. 23, spricht in Bezug auf den Gemeinwillen von einem „entscheidende[n] Punkt, der eben nie rein verstandesmäßig begriffen, sondern nur mit Hilfe des dialektischen Denkens erfasst werden kann." Und auf S. 29 heißt es: „Wir dürfen nur nicht, was freilich der Art des verstandesmäßigen Denkens entspricht, immer von dem Getrennten ausgehen, das dann freilich nie mehr zu wirklicher Einheit zusammengefügt werden kann, sondern wir müssen von dem ungetrennten Ganzen als dem ursprünglichen Einen ausgehen und zusehen, wie dieses sich in sich selbst differenziert, um die Unterschiede erst aus dem Ganzen sich entwickeln zu lassen und dieses dabei festzuhalten."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liegt – wie der Friede Gottes[11] – offenbar jenseits dessen, was Normalsterbliche sich ausdenken können.

> Es ist aus heutiger Sicht schwer vorstellbar, wie stark religiös getönt die Verehrung Adolf Hitlers war.[12] Er wurde – auch in Kirchen – geradezu als „Heiland“[13] bezeichnet.[14]

Larenz‘ Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff ist zunächst offenbar unter dem Einfluss Hegels entstanden.[15] Er hat sie nach Hitlers Machtergreifung jedoch sehr rasch auf das nationalsozialistische Rechtsdenken angewendet[16] und sich auch im Übrigen klar zum „völkischen Rechtsdenken“ bekannt.[17] Am bekanntesten ist seine – klar rassistische und antisemitische – Definition der Rechtsfähigkeit: 9

> „*Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist*; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist (…) Nur der Rechtsgenosse nimmt in vollem Maße an dem Rechtsleben der Volksgemeinschaft teil (…) *Wer außerhalb der Volksgemeinschaft steht, steht auch nicht im Recht, ist nicht Rechtsgenosse.*“[18]

Umso peinlicher ist und bleibt, dass die in der Bundesrepublik maßgebende „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ von demselben Karl Larenz stammt[19] (siehe schon § 1 Rn. 23) – und dass sich Larenz vom „konkret-allgemeinen Begriff“[20] nie wirklich 10

---

11 Brief des *Paulus* an die Philipper, Kapitel 4, Vers 7: „Und der Friede Gottes, der höher ist als alle Vernunft, wird eure Herzen und Sinne bewahren in Christus Jesus.“ – Im griechischen Original steht *noús*, das kann Vernunft, aber auch Verstand bedeuten.

12 *Ludolf Herbst*, Hitlers Charisma. Die Erfindung eines deutschen Messias, Frankfurt a.M. 2011; *Richard Steigmann-Gall*, The Holy Reich. Nazi Conceptions of Christianity, 1919–1945, Cambridge 2003, mit Fotos von SA-Gottesdiensten (S. 146 f.).

13 Griechisch *sōtḗr* = Retter; im Christentum eine exklusive Bezeichnung für Jesus Christus („Gottes Sohn, unser Herr und Heiland“).

14 Ich zitiere aus dem Gedächtnis und habe einen präzisen Nachweis nicht gefunden. Allgemein siehe *Olaf Blaschke*, Die Kirchen und der Nationalsozialismus, Stuttgart 2014, insb. S. 74–87; auch *Christoph Strohm*, Die Kirchen im Dritten Reich, München 2011.

15 *Karl Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1. Aufl., Berlin 1931, S. 83 ff., 108.

16 *Larenz*, Rechtserneuerung (Fn. 9), dort etwas versteckt S. 38–40: „konkrete Rechtsidee“, „konkretes Gliedsein“; ebenso *Karl Larenz* (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 5 (Vorwort: „das artgemäße deutsche Rechtsdenken, das ‚konkret‘ und ‚ganzheitlich‘ zugleich ist“); deutlich dann *Karl Larenz*, Zur Logik des konkreten Begriffs, in: Deutsche Rechtswissenschaft (DRW) 1940, 279-299.

17 *Karl Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938.

18 *Karl Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung [!] der Rechtsgrundbegriffe, in: Karl Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225–260 (241); Hervorhebungen im Original gesperrt.

19 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl., Berlin u.a. 1960.

20 *Larenz*, Methodenlehre, 1. Aufl. (Fn. 19), S. 355, räumt selbst ein, dass man sich „nicht geringen Gefahren aussetzt“, wenn man der Lehre vom konkret-allgemeinen Begriff folgt. *Alexander Hollerbach* hat dies in seiner Rezension des Larenz’schen Werks mit einem Ausrufezeichen versehen (Philosophisches Jahrbuch 69 [1961], S. 426–429 [428]) – und auch im Übrigen Bedenken gegen Larenz‘ Hegel-Rezeption vorgebracht.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verabschiedet hat.[21] Noch in der letzten von ihm selbst verantworteten Auflage der Methodenlehre taucht er als Exkurs auf.[22]

b) „Konkretisierung" im Verfassungsrecht I: Konrad Hesse

11 Umso erstaunlicher ist, dass der Begriff „Konkretisierung" in der Nachkriegszeit gerade auch von Juristen aufgewertet wurde, die über jeden Verdacht erhaben waren. So heißt es insbesondere bei dem legendären Verfassungsrechtler Konrad Hesse (1919–2005; er war auch Richter des Bundesverfassungsgerichts):

> „Unter dem Aspekt der Bedingungen der Verwirklichung von Verfassungsrecht können Verfassung und „Wirklichkeit" also nicht voneinander isoliert werden. Das gleiche gilt für den *Vorgang der Verwirklichung* selbst. Der Inhalt einer Verfassungsnorm läßt sich in aller Regel nicht allein auf der Grundlage der – vor allem in Gestalt eines sprachlichen Textes zum Ausdruck kommenden – Anforderungen realisieren, die in der Norm enthalten sind, und zwar umso weniger, je allgemeiner, unvollständiger, unbestimmter der Text der Norm gefaßt ist. Um menschliches Verhalten in der jeweiligen Situation leiten zu können, bedarf deshalb die meist mehr oder minder fragmentarische Norm der **Konkretisierung**."[23]

12 Erstes Argument also: Die „Normen" (= normativen Aussagen in den Rechtssätzen) der Verfassung sind häufig unbestimmt. Hesse fährt dann fort (mit einem – im Vorgriff auf unseren § 19 II – ganz wunderbaren Beispiel):

> „Diese [gemeint: Konkretisierung] ist nur möglich, indem neben dem normativen Kontext die Besonderheiten der konkreten Lebensverhältnisse, auf die die Norm bezogen ist, in das Verfahren einbezogen werden: das die Verfassungsnorm realisierende Wirken kann an diesen Besonderheiten nicht vorbeigehen, wenn es nicht die Problemlage verfehlen will, um deren Bewältigung es der Verfassung geht.
>
> So können z.B. Inhalt und Tragweite der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nur unter Berücksichtigung der sozialen und wirtschaftlichen *Funktion* des Eigentums im modernen Sozialstaat bestimmt werden (…)."[24]

13 Zweites Argument also: Normtexte beziehen sich auf sozusagen äußere, genauer außerrechtliche „Wirklichkeiten", und man darf deren „Eigengesetzlichkeiten" nicht

---

21 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin etc. 1969, S. 86 Fn. 3: Zwar sehe er „heute vieles sehr anders als damals". Trotzdem: „Hegels großartige Leistung bleibt einmal seine Logik des ‚konkreten Begriffs', zum anderen (…). Insoweit halte ich auch heute den Hegelianismus der zwanziger Jahre noch nicht für ‚überholt'. Erst in der letzten, der 6. Auflage 1991, wurde die Passage gestrichen (S. 84 Fn. 2; in der 5. Aufl. 1983 ist sie noch vorhanden). – Leicht irreführend daher *Claus Wilhelm Canaris*, Karl Larenz, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtlehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 2, Berlin 2010, S. 263–308 (295 f.): Larenz' „Abwendung" (*Canaris*) vom konkret-allgemeinen Begriff bestand eben keineswegs in einer Distanzierung, sondern in einer „Hinwendung" zum ebenso nebulös-wertungsoffenen Begriff des „Typus".

22 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, S. 440–443 – übrigens ebenfalls mit dem Beispiel des Eigentums (vgl. sogleich bei Fn. 24).

23 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 45 (Absatz und Hervorhebung J.L.).

24 *Hesse*, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 45 (Hervorhebung J.L.). – In § 19 II werden wir sehen, dass die *soziale* Funktion des Eigentums die Koppelung von Wirtschaft und Recht ist: Was *wirtschaftlich* betrachtet Güter sind, genauer Waren, ist *rechtlich* betrachtet Eigentum; und was *rechtlich* betrachtet Eigentum ist, sind *wirtschaftlich* betrachtet Güter (genauer: Waren). Vor diesem (konkreten) Hintergrund lässt sich die Eigentumsdogmatik des Art. 14 GG besser begreifen als mit (abstrakten) Definitionen. (Man denke sich einen Zwinkersmiley.)

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ignorieren. Hesse rekurriert insofern auf eine Begrifflichkeit seines Schülers Friedrich Müller (geb. 1938):

> „Die **Konkretisierung** des Inhalts einer Verfassungsnorm und dessen Verwirklichung sind daher nur möglich unter Heranziehung der Verhältnisse der ‚Wirklichkeit', die diese Norm zu ordnen bestimmt ist. Die, oft schon rechtlich geformten, Besonderheiten dieser Verhältnisse bilden den ‚*Normbereich*', der aus der Gesamtheit der von einer Vorschrift betroffenen Gegebenheiten der sozialen Welt durch die vor allem im Wortlaut der Norm ausgedrückte Anordnung, das ‚*Normprogramm*', als Bestandteil des Normativtatbestandes herausgehoben wird."[25]

Kurz gefasst also: Verfassungstexte sind oft unbestimmt, und man sollte wissen, was sie in der Sache regeln wollen. (Oder wohl besser: was man als Interpret *in der Sache* mit ihnen regeln will – und vor allem auch: regeln *kann!*)

> Die NJML formuliert: Man muss nicht nur den Sinnzusammenhang[26] des Rechts verstehen, sondern auch die innere Logik der Sinnzusammenhänge „da draußen".

In der Sache kann man alldem kaum widersprechen – es bleibt aber doch, darin liegt eine gewisse Ironie, reichlich abstrakt. Und es wird auch nur wenig konkreter (!) in den weiteren Ausführungen Hesses zur Verfassungsinterpretation: Sie greifen erstens die damals gängige Meta-Methodologie auf (Hermeneutik [„Vorverständnis"] und Topik), vertiefen zweitens Friedrich Müllers Konzepte von „Normprogramm" und „Normbereich" und führen schließlich drittens – sozusagen als Topoi der systematischen Auslegung – fünf *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* ein: die „Einheit der Verfassung", die berühmte „praktische Konkordanz" (mehr dazu unten § 18 Rn. 86–91), den Maßstab „funktioneller Richtigkeit", einen weiteren Maßstab „integrierender Wirkung", schließlich die „normative Kraft der Verfassung".[27] 14

> Eine gewisse Ironie liegt auch darin, dass Hesse sich als Richter des BVerfG auf der sogenannten „Staatsrechtslehrertagung" – das ist, grob gesagt, der jährliche Kongress der deutschsprachigen Professorinnen und Professoren des Öffentlichen Rechts[28] – in einem Diskussionsbeitrag eher distanziert zu abstrakten Methodendiskussionen geäußert hat (Hervorhebung J.L.):

> „Ich hatte eigentlich vor, mich nicht zu Wort zu melden, und habe das auch bis zum Schluß durchgehalten, möchte mir nun aber doch zu einem Punkt eine ganz kurze Anmerkung erlauben. Sie betrifft die mehrfach als grundsätzlich bezeichnete Methodenfrage, die Frage: wie hält es das Bundesverfassungsgericht mit der Methode? Dazu muß ich vielleicht doch ein wenig aus der Schule plaudern und sagen: wir können nicht – es ist schon gesagt worden – abstrakte Methodendiskussionen führen. Das ist auch gar nicht so schlimm, wie es vielleicht 15

25 *Hesse*, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 46 (Hervorhebungen J.L.); zur Begrifflichkeit grundlegend *Friedrich Müller*, Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Herme-neutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966, S. 184–200: „Normprogramm, Normbereich und praktische Konkretisierung".

26 Zum Begriff § 5 II Rn. 40–59.

27 *Hesse*, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 60–78: „Verfassungsinterpretation als Konkretisierung".

28 Sie ist daher ein Ereignis von immenser Bedeutung für Fortkommen und Hackordnung in der „Zunft", siehe die Darstellungen des Hofhistoriographen: *Helmuth Schulze-Fielitz*, Die Wissenschaftskultur der Staatsrechtslehrer – im Spiegel der Geschichte ihrer Vereinigung, Tübingen 2022; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos. Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, 2. Aufl. Tübingen 2022 (mit „Ahnentafeln", also den Beziehungen von „Lehrern" und „Schülern", d.h. wer von wem habilitiert wurde und in diesem Sinn von ihm oder ihr „abstammt".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

manchem hier erscheinen mag, und man braucht sich diese Situation auch nicht – jedenfalls wir empfinden es nicht so – als ein besonderes Dilemma vorzustellen. Als wesentlich wird es bei uns vielmehr angesehen, und das scheint mir richtig, daß man **baldmöglichst zur Sache** kommt. Wird diese Sache dann in ihrer Eigengesetzlichkeit, mit ihren Problemen, von guten Juristen juristisch gut behandelt, dann können diese Juristen durchaus verschiedene Methoden haben. Es kommen dabei, wie ich meine, tragbare Entscheidungen heraus."[29]

16 Bei aller Verehrung möchte ich dem zum Teil widersprechen: Was einen guten Juristen ausmacht, ist gerade die *gute Methode* (dass sie „schöpferischen Charakter" haben kann,[30] also eine Frage der Ästhetik ist, steht dem nicht entgegen – mehr dazu unten §§ 30–34).

Und im Übrigen gern zustimmen: „Zurück zum Text, zurück zum Fall" – das wäre meine Kurzformel für gute Jurisprudenz.[31]

c) „Konkretisierung" im Verfassungsrecht II: das BVerfG und die Bundestagsauflösung

17 Aber zurück zur Konkretisierung im Verfassungsrecht! Das Bundesverfassungsgericht hat diese Konzeption vielfach aufgenommen. Als Beispiel mögen die **Leitsätze** dienen, die das BVerfG zur Interpretation des Art. 68 GG im schon erwähnten (§ 15a Rn. 77–80) Fall der Bundestagsauflösung 1982 (Helmut Kohl) aufgestellt hat:

4. a) Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG ist eine offene Verfassungsnorm, die der Konkretisierung zugänglich und bedürftig ist.
b) Die Befugnis zur Konkretisierung von Bundesverfassungsrecht kommt nicht allein dem Bundesverfassungsgericht, sondern auch anderen obersten Verfassungsorganen zu. Dabei sind die bereits vorgegebenen Wertungen, Grundentscheidungen, Grundsätze und Normen der Verfassung zu wahren.
c) Bei der Konkretisierung der Verfassung als rechtlicher Grundordnung ist zumal ein hohes Maß an Übereinstimmung in der verfassungsrechtlichen wie verfassungspolitischen Beurteilung und Bewertung der in Rede stehenden Sachverhalte zwischen den möglichen betroffenen obersten Verfassungsorganen unabdingbar und eine auf Dauer angelegte, stetige Handhabung unerläßlich. Eine politisch umkämpfte und rechtlich umstrittene Praxis von Parlamentsmehrheiten und Regierungsmehrheiten reicht als solche hierfür nicht aus.[32]

18 Schaut man genauer hin, sind dies freilich erstaunliche Aussagen, denn Art. 68 GG ist alles andere als eine „offene" oder unpräzise Vorschrift. Sie lautet vielmehr überaus eindeutig:

Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen.

---

29 *Konrad Hesse*, Diskussionsbeitrag, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 39 (1980), S. 207 f.

30 *Hesse*, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 60; siehe auch bei Fn. 39.

31 *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064. – Dies war übrigens ein Begleitaufsatz zur Staatsrechtslehrertagung 2007 in Freiburg i.Br. (Hesses Wirkungsstätte als Professor).

32 BVerfGE 62, 1 (Leitsatz 4) – Bundestagsauflösung Kohl (1983) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Was das BVerfG daher wohl sagen will, ist dies: In der „Verfassungswirklichkeit“ ist das Gericht nicht der einzige Akteur, auch nicht bei der Interpretation des Verfassungstextes („was geht, und was geht nicht mehr?“). Es gibt neben ihm weitere oberste (!) Organe von Verfassungsrang. Wie nun all diese Organe „die Verfassung mit Leben füllen“ – da hackt eine Krähe der anderen ungern ein Auge aus. Und es wäre schon eine Art Augenaushacken gewesen, wenn das Gericht den drei anderen Organen (Bundeskanzler, Bundespräsident, Bundestag) bescheinigt hätte, das Verfahren gemäß Art. 68 GG zwar buchstabengetreu durchgeführt, aber doch missbraucht zu haben. Deshalb die oben bereits dargestellte Lösung: im Abstrakten klare Maßstäbe dafür, wann ein Missbrauch der Vertrauensfrage vorliegt – und im **Konkreten** alle Augen zugedrückt.[33] 19

„Konkretisierung“ in diesem Sinn wird man also übersetzen dürfen: sich in einem heiklen Fall so zusammenraufen, dass beide Seiten das Gesicht wahren.

Es liegt auf der Hand, dass dies für die Methoden der Rechts*wissenschaft* wenig ergiebig ist (die Rechtspolitologie mag es anders bewerten).

d) „Konkretisierung“ in den aktuellen Methodenlehren

Das letzte Beispiel zeigt drastisch – vielleicht ein wenig zu drastisch: Der Begriff Konkretisierung wird häufig unklar verwendet. Man scheint ihn immer dann passend zu finden, wenn es Spielräume gibt, die man als weit empfindet („Verwirklichung von Verfassungsrecht“), die man nicht nach Routineregeln abarbeiten kann, die vielmehr nach ein wenig Phantasie verlangen, aber dennoch nicht der Willkür überlassen werden sollten. Kurz: „Konkretisierung“ ist eine Art Sammelbezeichnung dafür, dass zwischen der „Welt da draußen“ und dem Status quo der Rechtsordnung noch gewisse Freiräume zur Ausgestaltung bestehen – Freiräume, die sozusagen von beiden Seiten aus „wertend“ zusammenwachsen müssen (wir kommen auf die Metapher des Wachsens sogleich [Rn. 24] zurück!). 20

In diesem Sinn verwendet offenbar *Franz Reimer* den Begriff „Konkretisierung“ als Oberbegriff für (1) Abwägungen „als Querschnittsherausforderung“, (2) wertausfüllungsbedürftige Begriffe, (3) Verfassungsprinzipien (nur als „Beispiel“), (4) Ermessen (ebenfalls nur als „Beispiel“), (5) „normübergreifende Abwägungen“.[34] Reimer stellt zudem ganz explizit klar, was er unter „Konkretisierung“ versteht: **das Nutzen von Spielräumen durch** – eigene! – **Wertentscheidungen**. Dies unterscheide die Konkretisierung von dem „in jeder Rechtsanwendung schon aufgrund der Unbestimmtheit 21

33 Aufschlussreich auch Leitsatz 9 (Hervorhebungen J.L.): „In Art. 68 GG hat das Grundgesetz selbst durch die Einräumung von Einschätzungsspielräumen und Beurteilungsspielräumen sowie von Ermessen zu politischen Leitentscheidungen an drei oberste Verfassungsorgane die verfassungsgerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten *weiter zurückgenommen als in den Bereichen von Rechtsetzung und Normvollzug* (!); das Grundgesetz vertraut insoweit in erster Linie auf das in Art. 68 GG selbst angelegte System der gegenseitigen politischen Kontrolle und des politischen Ausgleichs zwischen den beteiligten obersten Verfassungsorganen. Allein dort, wo verfassungsrechtliche Maßstäbe für *politisches* Verhalten normiert sind, kann das Bundesverfassungsgericht ihrer Verletzung entgegentreten.“ – Als wenn Bundestag und Bundesrat in ihrer Funktion als Gesetzgeber keine obersten Verfassungsorgane wären!

34 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Teil D, S. 222–250 (29 Seiten).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Sprache liegende Ausfüllen von Korridoren durch interpretatorische Entscheidungen".[35]

22 Einen noch größeren Raum für Spielräume eröffnet die Methodenlehre von *Thomas M. J. Möllers*.[36] Sie gliedert ihren 3. Teil, überschrieben mit „Konkretisierung und Konstruktion"[37], in vier Hauptthemen:

§ 7 Konkretisierung von Recht durch Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte
§ 8 Bewegliches System, Fallgruppen und Fallgruppenvergleich als Methoden der Konkretisierung
§ 9 Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien
§ 10 Abwägung als Konstruktion

Eine sehr genaue Definition von „Konkretisierung" findet man bei Möllers freilich nicht. Zwar heißt es: „Bei der Konkretisierung wird dem Interpreten eine ‚**größere Spezifizierungsleistung**' abverlangt, weil der Wortlaut eine Subsumtion nicht unmittelbar zulässt."[38] Insbesondere „kann (!) die Konkretisierung **Elemente schöpferischer Gestaltung annehmen**".[39] „Die Konkretisierung geht damit über die Auslegungskanones hinaus und sollte der Auslegung in einem zweiten Schritt nachfolgen."[40] All dies ist aber nicht sehr präzis, und es stimmt in dieser Allgemeinheit wohl kaum: Die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (Stichwort „Qualitätswein"[41]) folgt dem klassischen Kanon, die entscheidende Frage ist lediglich, *wer* darüber letztendlich entscheidet (*quis iudicabit*, § 15a Rn. 83, 88).

3. Der Begriff „konkret": kurze Entzauberung

23 Betrachtet man nach allem die Themen, die üblicherweise unter der Rubrik „Konkretisierung" behandelt werden, dann stellt sich heraus: Es sind allesamt Themen, die sich im Rahmen einer systematischen, an der *working logic* des Rechts orientierten Methodenlehre – also der NJML – besser woanders verorten lassen: bei der Begriffsbildung (§ 15a), bei der Interpretation der Rechtsfolgenseite von Rechtssätzen (§ 15b), beim Erfinden von Regeln (unten § 17), beim Aufeinanderabstimmen mehrerer Regeln (unten § 18). Kurz: Man braucht den Begriff Konkretisierung „**nicht wirklich**"[42].

35 *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 34), Rn. 476.
36 *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, S. 285–404 (120 Seiten).
37 Bis zur 2. Auflage (2019) hieß es nur: „Konkretisierung".
38 *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 36), § 7 Rn. 2.
39 *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 36), § 7 Rn. 3.
40 *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 36), § 7 Rn. 2.
41 Siehe § 15a Rn. 75 mit Hinweis auf BVerwGE 94, 307 – Weinprüfungskommission I (1993) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite) und BVerwGE 129, 27 – Weinprüfungskommission II (2007).
42 Für die Nachwelt: Die Formulierung „nicht wirklich" hat in der derzeitigen Umgangssprache einen besonderen Unterton. Beispiel: „War das Konzert schön?" – „Nicht wirklich." Es bedeutet also in etwa: „eigentlich nicht" oder gar „keineswegs" („Folgt dies aus der Verfassung?" – „Nicht wirklich."). Zur Herkunft: Es ist wohl eine Eindeutschung des englischen *not really* (Gesellschaft für deutsche Sprache e.V., https://gfds.de/nicht-wirklich/ <31.05.2023>).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Er fehlt denn auch in einigen Methodenlehren völlig (Bydlinski, Kramer, Pawlowski), insbesondere auch in der erkenntnistheoretisch anspruchsvollsten (Strauch).[43]

a) Der Wortlaut: „konkret“ = was zusammengewachsen ist (concrescere)

Stattdessen reicht es, sich kurz klar zu machen, was der Begriff „konkret“ eigentlich bedeutet. Erfunden hat ihn – und seinen Gegensatz „abstrakt“ – offenbar der spätantike römische Philosoph und Theologe Boethius (ca. 480/485–524/526), und zwar in Auseinandersetzung mit der Begriffslehre des Aristoteles.[44] Hintergrund der Begriffsbildung ist offenbar die Vorstellung – allerdings falsche Vorstellung –, dass zwischen den Begriffen als Gedankengebilden und der äußeren „Wirklichkeit“ – man erinnere sich an Konrad Hesse! – eine Art Kluft besteht, die man irgendwie überbrücken muss. 24

Und eben deshalb heißt dann „konkret“, als Partizip Perfekt Passiv von *con-crescere*: das, was **zusammengewachsen** ist – nämlich die („gedachten“) Merkmale des abstrakten Begriffs und die („realen“) Merkmale des individuellen Sachverhalts zu einem *konkreten Fall*.

Mit anderen Worten: „Konkret“ ist das Ergebnis (= die Konklusion) dessen, was wir Subsumtion nennen – und was sich bei genauerer Betrachtung als eine qualifizierende Induktion beschreiben lässt (§ 6 Rn. 40–42). *Nothing more pretentious.*

Demgegenüber kommt „abstrakt“ von lateinisch *ab(s)-trahere* = fortziehen, und gemeint sind hier die Eigenschaften, die man von den individuellen Sachverhalten gedanklich fortzieht (Tier, vier Beine, bellt) und in der Vorstellung zum Begriff („Hund“) zusammensetzt. 25

Mit anderen Worten: „Abstrakt“ ist das Ergebnis einer Verallgemeinerung oder Generalisierung, wie sie sich mit der quantifizierenden Induktion erreichen lässt (§ 6 Rn. 33–39).

Das ist alles – und es hat mit „Wertung“ nicht mehr zu tun als jedes andere normative Denkhandeln.[45]

b) „Konkretisierung“: Erkenntniswert null

Damit zeigt sich zugleich, dass der Erkenntniswert des Begriffs „Konkretisierung“ für die juristische Methodenlehre und generell für die Jurisprudenz gleich Null ist. „Konkretisierung“ ist eine Verlegenheitsformel, die über schlechte Metaphysik hinweghelfen soll. Alles, was „Konkretisierung“ genannt wird, lässt sich auch anders – und dann besser – **beschreiben, begreifen und verstehen**. 26

Um auch meinerseits etwas konnotative Mystik und Wärme zu verbreiten.

---

43 Überblick zu diesen und weiteren Methodenlehren: § 1 Rn. 23–32.

44 Einzelheiten, auch zur weiteren Begriffsgeschichte, siehe *Ludger Oeing-Hanhoff*, abstrakt/konkret, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh), Band 1, Basel 1971, Sonderausgabe Darmstadt 2019, Spalte 34–42. Erstaunlicherweise fehlt im Band 4 (1976) das Stichwort „Konkretisierung“ völlig.

45 Zum Begriff Denkhandeln *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 161–164, 178.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Fazit: „Konkretisierung" überflüssig und gefährlich

27 Damit einher geht eine wenn nicht Warnung, so doch Ermahnung zur Vorsicht: Überflüssige Begriffe haben oft die Funktion, mit ihren **Konnotationen**[46] Gefühle anzusprechen: Befürchtungen, Hoffnungen, Sehnsüchte. Beim Begriff „Konkretisierung" scheint dies eine Sehnsucht nach Wärme, Legitimität, heiler Welt zu sein: nach Einzelfallgerechtigkeit, nach Sachnähe, nach den richtigen „Werten". Diese Ängste und Sehnsüchte hat der Nationalsozialismus seinerzeit perfekt bedient, und die Jurisprudenz hat dem nicht zuletzt mit dem Begriff „konkret" Vorschub geleistet (s.o. unter 2 a).

Am Rande sei deshalb doch noch Carl Schmitts arg überschätzte Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" erwähnt. Sie plädiert für ein „konkretes [!] Ordnungs- und Gestaltungsdenken", das angeblich zwischen „Dezisionismus" und „Normativismus" einen Mittelweg weist – und in Wahrheit die „konkrete Gestalt" des Führers jeglicher Kritik entzieht.[47]

Die Begriffsstrategie ist übrigens leicht zu durchschauen: Es werden zuerst zwei Extrempositionen entworfen (Normativismus = Fahrplan; Dezisionismus = Willkür), die so nicht stimmen können. Also liegt die Wahrheit in der Mitte – eben in „konkreten Ordnungen". In seiner Schrift „Staat – Bewegung – Volk"[48] verfährt Schmitt nach demselben Rezept.

Deshalb in Abwandlung eines berühmten Schmitt-Zitats an dieser Stelle: Wer „Konkretisierung" sagt, will betrügen.[49]

28 „Konkretisierung" ist aber auch aus einem weiteren Grund nicht ungefährlich. Wir haben bereits gesehen – und werden es noch an anderer Stelle sehen (§ 17 Rn. 16–39 [Schweinemäster], § 28 Rn. 9–29 [Abwägungsfehlerlehre]) –, wie sehr eine intensional[50] hypertrophe Rechtsprechung (neuerdings auch: Gesetzgebung) die Freiräume, die man späteren Entwicklungen des Rechts offenhalten sollte, „zumauern" kann.

Es ist ein billiger Scherz, aber *concrete* heißt im Englischen auch: Beton.

Dies gilt etwa für die Abwägungsfehlerlehre des BVerwG, vor allem aber für die „maßstabsetzende Gewalt"[51] des BVerfG mit ihrer „Patchwork-Dogmatik"[52]. Man

---

46 Siehe bei und in Fn. 8.

47 *Carl Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934, 2. Aufl., Berlin 1993, S. 18 f., 55: Die konkrete Gestalt des „Führers der Bewegung" dürfe man nicht, wie im 19. Jahrhundert den Monarchen, zum „Staatsorgan" deklassieren (sic!), vielmehr sei der „Staat als besondere Ordnungsreihe … nur ein Organ des Führers der Bewegung." – Dass mittlerweile eine 3. Aufl. von 2006 auf dem Markt ist (Erscheinungsort Berlin), ist mir unbegreiflich.

48 *Carl Schmitt*, Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit (1933), 3. Aufl., Hamburg 1935.

49 Das Schmitt-Zitat lautet: „Wer Menschheit sagt, will betrügen" (Der Begriff des Politischen [1932], 3. Aufl. der Ausgabe von 1963, Berlin 1991, S. 55). Schmitt will damit seinerseits ein Proudhon-Zitat abgewandelt haben: „Wer Gott sagt, will betrügen."

50 Zur Erinnerung: Intension ist der Begriffs*inhalt*, sind seine abstrakten Merkmale, insbesondere eine Definition (wenn es sie gibt); Extension ist der Begriffs*umfang*, sind die Gegenstände, die unter ihn fallen (ja: Fälle!).

51 *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 159–281.

52 *Joachim Lege*, Verfassungsrechtsdogmatik, in: Christoph Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik – Stand und Perspektiven, Wien und München 2024, S. 227–248 (238–240).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kommt halt an allem, was geschrieben ist, nicht mehr ohne weiteres vorbei – und irgendwann ist es so viel geworden, dass es dem Zufall überlassen bleibt, auf welches Präjudiz sich das Gericht stützen wird. Wo schon alles „zukonkretisiert" ist (= zubetoniert), kann sich konkrete Gerechtigkeit[53] – mit Nähe zum autoritativen Text und zum individuellen Fall – paradoxerweise nur noch mühsam entfalten.

Natürlich ist auch die Hypertrophie der sonstigen Rechtsliteratur ein Problem. Wozu braucht man die rund zwanzig Grundgesetz-Kommentare? Und zehn Methodenlehren?

II. Typus und Topos

Im Folgenden soll es um zwei Fehlvorstellungen („Irrlehren") gehen, die zwar etwas aus der Mode gekommen sind, vielleicht aber gerade deshalb gefährlich bleiben: Sie könnten von jungen Juristen, die den Kontext nicht kennen, mit einer gewissen Arglosigkeit wieder ausgegraben werden und dann eine Tendenz entfalten, die ihnen innewohnt: nämlich eine allzu „freie Rechtsfindung" rechtfertigen – womöglich gar mit größter Überzeugung von den eigenen „Werten" (man nennt das dann Selbstgerechtigkeit). 29

Im Vorgriff: Ich werde an späterer Stelle zwei Haltungen zur juristischen Methode und überhaupt zum Recht unterscheiden, nämlich Ironie und Pathos (§ 30 II). Die erste der beiden folgenden Positionen kann schlechtes Pathos befördern, die zweite war ursprünglich gute Ironie.

Zur Selbstgerechtigkeit immer noch am schönsten Alexander Hollerbach: Das ethische (!)[54] Gegenwesen zur Gerechtigkeit sei „natürlich die Ungerechtigkeit, aber vielleicht *noch mehr*, zumindest in gleicher Weise, die Selbstgerechtigkeit, die sich jeder kritischen Frage enthoben glaubt oder die wähnt, man könne Gerechtigkeit als fix und fertigen Besitz haben."[55] 30

1. Der sogenannte Typusbegriff

Wir haben es schon angedeutet: Der „Typusbegriff" ist eine Denk- und Argumentationsfigur, die vor allem Karl Larenz in die Juristische Methodenlehre eingeführt hat – und zwar als funktionales Äquivalent für den schlecht beleumdeten „konkret-allgemeinen Begriff". Hauptfunktion des Typusbegriffs ist bei Larenz nämlich: Er tritt auf den Plan, wenn das „abstrahierende Denken" zu einer „Sinnentleerung" führt und der fehlende Sinn, wie es scheint, durch ein „wertorientiertes Denken" eingeführt werden 31

53 Dies ist *keine* Anspielung auf das Lehrbuch des sehr geschätzten Kollegen *Matthias Mahlmann*, Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart, 6. Aufl., Baden-Baden 2022. Der Titel ist trotzdem unglücklich gewählt.

54 Nicht also: moralische! Ethik ist nämlich die *Reflexion* von Moral – und ist deshalb für den *richtigen* Umgang mit Moral moralisch geboten. (Ich weiß, das sind Paradoxien und Tautologien, aber darum kommt man als reflektierter Mensch nicht herum; auch dazu § 30 I und II.).

55 *Alexander Hollerbach*, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, 63–76 (66); erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. [u.a.] 1996, 42–55.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

muss.[56] Wenn damit nur gemeint sein sollte, dass man bei einer rechtlichen Entscheidung am Ende selbst Stellung beziehen muss – „hier stehe ich, ich kann nicht anders"[57] – dann ist gegen „Wertung" gar nichts einzuwenden. Die Gefahr besteht jedoch darin, mit dem „wertorientierten Denken" scheinbar überindividuelle, „objektive" Werte ins Boot zu holen – wobei diese „Werte" meist das sein werden, was in der Gesellschaft gerade *en vogue* ist („Zeitgeist"[58]).

Das kann dann eben auch einmal die nationalsozialistische Weltanschauung oder ein sonstiges Geschwurbel sein.

32 Demgegenüber lässt sich aus Sicht der nüchternen Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) sagen:

Was Larenz den Typusbegriff nennt, lässt sich mit Wittgenstein als „Familienähnlichkeiten" beschreiben (§ 15a Rn. 52–53). Es gibt gewisse Verallgemeinerungen, die sich nicht endgültig definieren lassen und deshalb notwendig unscharf sind – so als würde man Fotos von menschlichen Gesichtern übereinanderbelichten.[59] Es ergibt sich dann, sozusagen, eine unscharfe „Idee", unter die sich verschiedene Fälle und Fallgruppen „subsumieren" lassen – besser vielleicht: der sich verschiedene Fallgruppen zuordnen lassen. Das hat dann aber mit „Wertung" nicht mehr zu tun als unser Umgang mit unscharfen Begriffen – „Liebe", „Schönheit" – sonst auch.

33 Kurz: Der „Typusbegriff" – übrigens von griechisch *týpos* = Hieb, Schlag – ist nichts anderes als eine abkürzende Bezeichnung für die extensionale[60] Ausdifferenzierung von Begriffen durch Fallgruppenbildung (§ 15a Rn. 65–67).[61]

In den aktuellen Methodenlehren wird die Lehre vom Typus übrigens kaum mehr erwähnt.[62] Das schützt aber nicht vor eventuellen Wiederentdeckungen,[63] und ausgerechnet im Strafrecht ist der Typus nach wie vor beliebt.[64]

---

56 *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. (Fn. 22), S. 436–440 (Tendenz zur Sinnentleerung), 205–215 (Wertorientierung und Typus), 276–281 (allgemein zu Werturteilen, Typus und – ja, auch Konkretisierung), 443–455 (allgemein zum Typus, der eben „konkreter [!] ist als der Begriff" [S. 444 im Anschluss an Karl Engisch]).

57 Zu diesen angeblichen Worten Luthers schon § 5 II Rn. 39 mit Nachweis.

58 Aus juristischer Sicht: *Thomas Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl., Tübingen 1991.

59 Mit einem gewissen Unbehagen zitiere ich: *Ernst Kretschmer*, Körperbau und Charakter (1921), 25. Aufl., Berlin u.a. 1967, S. 41, der seinerseits abdruckt aus *David Katz*, Studien zur experimentellen Psychologie, Basel 1953. – Kretschmer war Professor für Psychiatrie und Neurologie und im Hinblick auf den Nationalsozialismus nicht unbelastet. Auf ihn geht die wohl überholte Einteilung der „Konstitutionstypen" in Pykniker, Astheniker und Athletiker zurück.

60 Siehe Fn. 50.

61 Siehe auch schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 45), S. 416–427 (420, 422), dort in ausführlicher Auseinandersetzung mit dem Begriff „Wertung".

62 Bei *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 36), § 14 Rn. 60–63, gerade einmal vier Randnummern; bei *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 34), so gut wie Fehlanzeige (Rn. 122 spricht nur ganz alltagssprachlich die „Unterscheidung von Typischem und Atypischem" an); Fehlanzeige auch bei *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Freiburg etc. 2017 (2. Aufl.: Baden-Baden 2022, leider ohne Sachverzeichnis).

63 Zu einer Wiederentdeckung der Larenzschen „Wertungsjurisprudenz" *Lena Kunz*, Wertungsjurisprudenz und objektive Zurechnung im Zivilrecht. Der Einfluss von Karl Larenz auf die frühe Rechtsprechung des BGH, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, Tübingen 2019, S. 101–112, mit anschließender Diskussion S. 113–119.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die „Topik-Diskussion

Der historische Kontext der Topik-Diskussion ist ein deutlich anderer. Sie beginnt mit dem schmalen Buch „Topik und Jurisprudenz“ des Zivilrechtlers Theodor Viehweg (1907–1988), Erstauflage 1953, fünfte Auflage 1974.[65] Dieses Buch – man kann durchaus sagen: Büchlein – brachte mit seinen schmalen 75 (!) Seiten wohl erstmals in der Nachkriegszeit einen etwas ironischen und aufmüpfigen Ton in die juristische Fachwelt. (Zuvor hatte man angesichts der Schrecken des Nationalsozialismus und der oft eigenen Verstrickung darin versucht, das Naturrecht und seine – oft christlichen – Werte wiederzubeleben.[66]) 34

In der Tat waren es steile Thesen, die Viehweg vortrug: Das „axiomatische Systemdenken“ der deutschen Rechtswissenschaft verstelle den Blick auf die wahren Probleme. Es gelte daher, dem deduktiven Systemdenken ein „Problemdenken“ entgegenzusetzen und hierfür als Vorbild die antike Rhetorik, genauer: die Topik des Aristoteles und Ciceros zu wählen – Viehweg war über den Renaissance-Philosophen Giambattista Vico (1688–1744) auf sie gestoßen.

> Wir haben die Topik bereits im Kontext der Antiken Gerichtsrhetorik erwähnt (§ 2 Rn. 31–33). – Es ist ein wenig erstaunlich, dass Viehweg selbst sie nicht in diesen größeren Rahmen gestellt hat.[67]

Diese Topik zeichnet sich nach Viehweg nun dadurch aus, dass sie eher lose nach Gesichtspunkten sucht, die zur Lösung des Falls etwas beitragen können – eben nach *tópoi* (Plural von griechisch *tópos*, wörtlich: der Ort, daher die Topographie). Welche Topoi dies nun genau sein könnten und nach welchen Kriterien man sie (a) finden und (b) verwenden sollte, dazu findet sich dann zwar sehr wenig. Nichtsdestoweniger wurde das Buch zum Teil begeistert aufgenommen, jedenfalls aber heftig diskutiert – wohl deshalb, weil es so frech war. 35

> Viehweg war in der Juristenzunft eher ein Außenseiter, wohl deshalb hat er auch zur eigenen Position eine gewisse selbstironische Distanz bewahrt: „Topoi gibt es wunderfeine / Wer sie kennt, der glaubt an keine.“[68] Allerdings ist Viehweg in den sogenannten Grundlagenfächern ein überaus erfolgreicher „Netzwerker“ gewesen: Er war lange Jahre Präsident der deutschen Sektion der IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie) und hat insbesondere deren Zeitschrift, das Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), im Jahr 1949 wiederbelebt (gemeinsam mit Rudolf Laun). Zudem hat er eine ganze Reihe von Schülern um sich

64 So wird etwa die bekannte Tatherrschaftslehre (Roxin) zur Abgrenzung von Täterschaft und bloßer Teilnahme an einer Straftat (also Anstiftung oder Beihilfe) als typologische Begriffsbildung „verkauft“; kritisch dazu *Joachim Renzikowski*, Zurück in die Steinzeit? – Aporien der Tatherrschaftslehre, in: Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlin 2014, S. 495–508; *Joachim Renzikowski*, Die Methodik der Tatherrschaftslehre – eine kritische Analyse, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft (ZfIStw) 2025,1–10 (6–8).

65 Erscheinungsort aller Auflagen: München.

66 Standardwerk: *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2013; zu Viehweg dort nur sehr kurz (S. 212f.).

67 Dies erst bei *Gerhard Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion. Ertrag und Aufgaben, in: Rechtstheorie (RTh) 1970, 183–197: Rolle der Topik bei Disputierübungen.

68 Ich zitiere einen seiner Schüler – Ottmar Ballweg – aus dem Gedächtnis.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesammelt, man spricht sogar von einer „Mainzer Schule" der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie. Diese Schule stellt sich ganz bewusst in die Tradition der (antiken) Rhetorik, die bekanntesten Vertreter sind Ottmar Ballweg (1928–2019), Wolfgang Gast (geb. 1940) und Katharina Gräfin von Schlieffen geb. Sobota (geb. 1956).

36 Der Ertrag dieser „Topik-Diskussion" ist in der Sache wenig sensationell, aber keineswegs gering zu achten, denn es handelt sich um Ideologiekritik. Kritisiert wird das Selbstbild der Jurisprudenz als einer hochrationalen Wissenschaft, die ihre Entscheidungen selbstgenügsam aus den „Axiomen" der Rechtsordnung ableitet – ohne von der Welt und ihren Problemen wirklich Kenntnis zu nehmen. Dies mag überzeichnet gewesen sein, die heftige Reaktion spricht allerdings dafür, dass an der Kritik „etwas dran war".

Methodologisch ist es freilich keine Überraschung, dass die Jurisprudenz – so wie jede Wissenschaft – ihre Erkenntnisse nicht rein deduktiv aus unhinterfragbaren Axiomen gewinnt. (Dies dürfte auch kaum jemals ein Jurist vertreten haben.) Es bedarf immer wieder neuer Ideen, um Rechtsprobleme neu zu lösen – die gängigen Methodenlehren nennen dies gern „schöpferische Elemente", und sie schmuggeln dabei gleich eine „Wertorientierung" mit hinein. Nein, sagt Viehweg, dies sind nichts als „Topoi": Vertrauensschutz, Lastengleichheit, Angemessenheit und so weiter.

37 Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) fügt hinzu: Auch die „schöpferischen Elemente" und die „Wertungen" stehen nicht außerhalb der Logik (als *working logic*) mit ihren Deduktionen, Induktionen und Abduktionen (§ 6). Und damit auch nicht außerhalb der Kritik.

Den ausführlichsten „Topoikatalog" im soeben angedeuteten Sinn hat seinerzeit Gerhard Struck (1944–2015) vorgelegt.[69] Dort finden sich etwa: *In dubio pro reo* (Im Zweifel für den Angeklagten), Einmal ist keinmal (daher Strafaussetzung zur Bewährung), Verbot des Vertrages zu Lasten Dritter, Schikaneverbot, Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen, Verhältnismäßigkeit, Willkürverbot, öffentliches Interesse.

38 Anders gewendet: Die Topik im Sinne Viehwegs war eine ironische Relativierung dessen, was Juristen mit ihrer „Wissenschaft" erreichen können. In den Worten von Aristoteles selbst:

> „Wir werden diese Disziplin [d.h. die „Dialektik" = Disputierkunst] vollkommen beherrschen, wenn wir sie in der gleichen Weise beherrschen wie die Redekunst (Rhetorik), die ärztliche Kunst und ähnliche Künste … Der Rhetoriker wird nicht in allen Fällen überzeugen und der Arzt nicht in allen Fällen die Heilung herbeiführen. Wenn er nur nichts von dem, was möglich ist, unterlässt, werden wir schon sagen, dass er seine Wissenschaft genügend inne hat."[70]

Warum es trotzdem wichtig und richtig ist, an der *Idee* von rechtlicher Richtigkeit mit einem gewissen Pathos (statt Ironie) festzuhalten: dazu mehr unter § 30 II und III.

---

69 *Gerhard Struck*, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt a.M. 1971, S. 20–34: 64 Topoi.

70 *Aristoteles*, Topik Buch 1 Kapitel 3, meine Übersetzung in Anlehnung an: Topik/Sophistische Widerlegungen, 2. Aufl., Hamburg 1995; siehe auch schon § 2 Rn. 36 mit etwas anderer Übersetzung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Verfassungsinterpretation

Unter den vielen Ansichten, die man zum Thema „Regeln interpretieren" (§§ 15–15d) haben kann, ist „Verfassungsinterpretation" die wohl vielschichtigste Variante. Denn weil das Verfassungsgesetz (*constitution*) – jedenfalls als neuzeitlicher Begriff – gleichsam am höchsten hängt und allem anderen Recht – für Nicht-Juristen: dem sogenannten „einfachen Recht" – vorgeht („Vorrang der Verfassung"), umgibt sich die Verfassungsinterpretation gern mit dem Nimbus des leicht Numinosen: „(in Bezug auf das Göttliche) schaudervoll und anziehend zugleich"[71]. 39

Anziehend übrigens auf die gesamte Bevölkerung, siehe zum Beispiel die Aktionen der „Letzten Generation". So wie man früher sagte „Gott mit uns", sagt man jetzt: „Die Verfassung mit uns".[72]

Nebenbei: Der „Vorrang der Verfassung" war etwas, das die Autoren der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika – also der ersten „neuzeitlichen" Verfassung – noch gar nicht „auf dem Schirm hatten".[73] Dieser Vorrang wurde erst später erfunden (zur Erfindung von Regeln unten § 17), und zwar in einem berühmten Urteil des Supreme Court von 1803: *Marbury v. Madison* (nach mancher Ansicht übrigens eine offensichtlich falsche Entscheidung[74]).

Wie auch immer: Jedenfalls ist es eine sehr verbreitete Auffassung, auch unter ehemaligen Richtern des Bundesverfassungsgerichts, dass sich die Verfassungsinterpretation von der sonstigen Interpretation des Rechts – mit anderen Worten: von der üblichen juristischen Methode – unterscheide, dass sie „etwas anderes" sei. Dieses „Andere" ist dann offenbar der auch oder gar vornehmlich „politische" Charakter der Verfassungsinterpretation. Heikel wird es allerdings, wenn obendrein die Vorstellung besteht, man könne Recht und Politik in diesem Kontext gerade *nicht* unterscheiden.[75] 40

All dem ist zu widersprechen: 41

(Auch) Die Verfassungsinterpretation ist nichts anders als eine juristische Interpretation autoritativ vorgegebener Rechtssätze – vorgegeben in einem Verfassungsgesetz.

---

71 Duden, https://www.duden.de/rechtschreibung/numinos <18.12.2023>.

72 Nämlich in Gestalt der Interpretation des Art. 20a GG durch das Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz (2021). Das BVerfG hat hier „der Politik" bescheinigt, genauer: dem Gesetzgeber, für den Klimaschutz nicht genug getan zu haben.

73 Insbesondere ist in den berühmten Federalist Papers davon noch nicht die Rede. – Die Federalist Papers (1787) waren eine Reihe von 85 (!) gehaltvollen Aufsätzen, die in verschiedenen New Yorker Zeitungen erschienen, um das Volk des Staates New York davon zu überzeugen, der Verfassung zuzustimmen. Die Verfasser waren Alexander Hamilton, James Madison und John Jay. Es gibt auch eine vollständige deutsche Ausgabe, übersetzt und herausgegeben von *Barbara Zehnpfennig* (Darmstadt 1993).

74 Entscheidungen des Supreme Court, Band 5, S. 137, aus dem Jahr 1803; abgekürzt: 5 U.S. 137 (1803); zumindest ist die Entscheidung überaus *tricky*: *Winfried Brugger*, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison, in: Juristische Schulung (JuS) 2003, 320–325.

75 So der ehemalige Präsident des BVerfG *Andreas Voßkuhle* in einer Diskussion, die im Gesprächskreis „Grundlagen des Öffentlichen Rechts" auf der „Staatsrechtslehrertagung" (Fn. 28) des Jahres 2022 in Bremen stattfand. Referiert hatte Brun-Otto Bryde zum Thema „Wissenschaftliche Verfassungsrechtspolitik?".

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass dieses Gesetz gelegentlich unbestimmte Begriffe enthält, ist kein wesentlicher Unterschied gegenüber anderen Gesetzen (§ 15a Rn. 69–75). Folglich ist die Frage ihrer Interpretation in weitem Umfang eine Kompetenzfrage – *and nothing more pretentious*.

Dass dem so ist, haben wir am Beispiel der Bundestagsauflösung 1983 – Misstrauensvotum Helmut Kohl – schon gesehen (oben Rn. 17–19 und bereits § 15a Rn. 69, 76–80).

Aber nun im Einzelnen:

1. Verfassung oder Verfassungstext?

42 Zunächst ist klarzustellen: Der Begriff „Verfassung" ist doppeldeutig[76] – nicht zuletzt darauf beruht wohl seine Anziehungskraft. Zum einen meint Verfassung schlicht nur das Verfassungsgesetz oder genauer: den *Text* dieses Gesetzes – über dessen *Aussage*gehalt („Inhalt") man dann streiten kann (so wie man über jedes Zeichen streiten kann: war dieses Lob wirklich „so gemeint?"[77]).

43 Zum anderen kann „Verfassung" aber auch die „Wirklichkeit" der Verfassung meinen: die reale politische und soziale Ordnung des „Gemeinwesen" – wobei es übrigens ganz gleich ist, ob man sich in diesem Gemeinwesen einen Gegensatz von Staat und Gesellschaft vorstellt (klassisch Ernst-Wolfgang Böckenförde) oder gerade nicht (Konrad Hesse). Wenn man mit „Interpretation der Verfassung" *diese* „Wirklichkeit" meint, scheint die Interpretation zwangsläufig, ja unvermeidlich „politischer" und „kreativer" zu werden als die Interpretation des einfachen Rechts. So heißt es im Grundgesetz zum Beispiel:

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.

44 Das BVerfG hat dazu in mehreren „Fernsehurteilen" präzisere Regeln entwickelt, an die sich der Gesetzgeber bei *seiner* Interpretation dieses Textes zu halten hat. Am bekanntesten dürfte insoweit die „Grundversorgung" an seriöser Information und Unterhaltung sein, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk gewährleisten muss – gegenüber dem Privatfernsehen.[78] „Abgeleitet" wurde dies vor allem aus dem Prinzip der freiheitlichen und demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik,[79] die eine Gleichschaltung der Medien ebenso verbietet wie deren Ausverkauf auf einem kapitalistisch-ungeregelten Markt.

---

76 Schöner Titel daher: *Dominik Richers*, Die Verfassung der Verfassung: Rudolf Smend (1882–1975), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, S. 271–283.

77 Oder man denke an den berühmten Spruch von Klaus Wowereit, damals Regierender Bürgermeister von Berlin: „Ich bin schwul – und das ist auch gut so". Insofern gab es über die Auslegung des Wortes „auch" durchaus Streit. Nach Wowereits authentischer Interpretation war das „auch" nicht mehr als ein Füllwort und keine Stellungnahme zu anderen Formen der Sexualität (https://de.wikipedia.org/wiki/Klaus_Wowereit <15.06.2022>).

78 BVerfGE 73, 118 – 4. Rundfunkentscheidung (1986); die „Grundversorgung" wurde wohl von Konrad Hesse erfunden.

79 Bezeichnenderweise nennt das BVerfG in dieser Entscheidung *nicht* den Art. 18 GG (Verwirkung von Grundrechten), in dem die „FDGO" wörtlich als solche benannt wird, dort aber – Nicht-Juristen aufgepasst! – etwas anderes bedeutet: den Bestand des Staates.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aber ist dies wirklich mehr als eine systematische Interpretation des Verfassungstextes? Die Begriffe „Freiheit" und „Demokratie" tauchen in einigen Vorschriften des Grundgesetzes auf, und aus deren Zusammenschau lassen sich gewisse Grundregeln entwickeln, die verhindern, dass der Gesetzgeber bei *seiner* Interpretation des Grundgesetzes (hier: der Rundfunkfreiheit) ganz grob „danebenlangt" (ich nenne das immer die „dicken Hunde"). Das Ganze hat dann zwar nicht die Präzision zivilrechtlicher „Paragraphenketten", ist aber letztlich nichts anderes als diese: ein Aufeinanderabstimmen von Regeln (und Regeln über Regeln), die sich am Verfassungstext festmachen lassen.

Siehe zu diesem Aufeinanderabstimmen von Regeln sogleich §§ 16 bis 20.

Man könnte also ganz nah am Text der Verfassung bleiben und knapp wie folgt formulieren: 45

> „**Gewährleisten**" bedeutet: Der Staat muss garantieren, dass es etwas gibt, das den Namen „**Freiheit** des Rundfunks" verdient. Folglich muss er im Rundfunkbereich Unfreiheit verhindern. Unfreiheit bestünde, wenn der Rundfunk ganz oder ganz überwiegend in die Hand einer einzigen sozialen Macht geriete, sei es in die Hand der Bundesregierung – daran war das geplante „Adenauer-Fernsehen" gescheitert[80] –, sei es in die Hand des Kommerzes, d.h. der Privatwirtschaft. Folglich muss der Staat eine vom Kommerz unabhängige Grundversorgung durch öffentlich-rechtlich organisierte Rundfunkanstalten garantieren."

2. Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation?

Dass auch die Verfassungsinterpretation nichts anderes ist als Interpretation eines autoritativen **Textes** (zum Begriff § 14 Rn. 22) hat eine erhebliche praktische **Konsequenz**, und zwar wieder im Hinblick auf die **Kompetenz**. Im Klartext: *Verfassungsgerichte* dürfen den Wortlaut des Textes nur ausdeuten, nicht aber ändern oder ergänzen. Eine Änderung oder Ergänzung steht allein dem *Gesetzgeber* zu. Die Grenzziehung kann freilich schwierig sein. 46

a) Fall 1: Die fünfte Amtszeit des Bundeskanzlers

Nehmen wir den frei erfundenen Fall, dass ein Bundeskanzler bereits eine Amtszeit von vier Legislaturperioden hinter sich hat und nun, nach der neuen Bundestagswahl, vom Bundestag erneut zum Kanzler gewählt wird. Der Bundesrat hält dies für verfassungswidrig und greift die Wahl vor dem BVerfG im Wege des Organstreits an (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 63 ff. BVerfGG). 47

Vermutlich wird die Lektüre dieses Falls zunächst Befremden auslösen, denn selbstverständlich würde in Deutschland niemand jemals auf die Idee kommen, eine fünfte Amtszeit des Kanzlers auch nur in Betracht zu ziehen.[81] Vor allem aber steht im Grundgesetz zur Anzahl der Amtszeiten des Bundeskanzlers – *nichts*. Sehr wohl heißt es im Grundgesetz allerdings (Hervorhebung J.L.):

---

80 BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung *oder auch* 1. Fernsehurteil (1960).

81 Siehe die Überschrift in der Zeitschrift *focus* vom 06.02.2021: „Fast jeder Zweite für fünfte Merkel-Amtszeit." 45 Prozent waren dafür, 47 Prozent dagegen.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 20 Abs. 1 GG Die Bundesrepublik Deutschland ist ein **demokratischer** und sozialer Bundesstaat.

Oder auch:

Art. 28 Abs. 1 GG Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, **demokratischen** und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.

48 Daran ließe sich nun wie folgt anknüpfen: „Demokratie" ist ein unscharfer Begriff. Im Kern und dem Wortsinn nach bedeutet er, dass die Staatgewalt nicht von Gott oder von einer sonstigen höheren Macht ausgeht – etwa von der höheren Einsicht einer Partei –, sondern vom Volk (altgriechisch *dḗmos*), also allen Menschen, die eben dieser Staatsgewalt als Bürger zugleich auch unterworfen sind.

Deshalb ja der Slogan „**Wir** sind das Volk" in der friedlichen Revolution der DDR-Bevölkerung gegen die Herrschaft der SED (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands).

Man kann dann freilich darüber streiten, ob zum „Volk" im Sinn des Art. 28 Abs. 2 GG – also zum Volk in den Städten, Kreisen und Gemeinden – nur die deutschen Staatsbürger zählen oder alle Einwohner (im nötigen Wahlalter, versteht sich).[82] Aber das ist ein Nebenpunkt.

49 Es gibt aber auch andere, in gewisser Weise pragmatischere Begriffe von Demokratie, die vor allem an die oben eingeflochtene Idee anknüpfen, dass in der Demokratie dieselben Menschen sowohl Staatsgewalt ausüben (und sei es nur durch Wahlen) als auch der Staatsgewalt unterworfen sind. Dann ist Demokratie ihrem Wesen nach vor allem: **Herrschaft auf Zeit**.

Am schönsten wohl immer noch formuliert in der Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776 (Hervorhebungen J.L.):

> Section 2. That all power is vested in and consequently derived from the people; that magistrates are their trustees and servants and at all times amenable to them.
>
> Section 5. That the legislative and *executive* powers of the State should be separate and distinct from the judiciary; and that the *members* of the two first may be *restrained from oppression by feeling and participating the burdens of the people*, they should at fixed periods *be reduced to a private station*, return into that body from which they were originally taken, and the *vacancies* be supplied by frequent, certain and regular elections, in which all or any part of the former members to be again eligible or ineligible, as the laws shall direct.[83]

Kurz: Die Mitglieder der Regierung sollten **at fixed periods** (!) in das normale Leben als Private **zurückgeschickt** werden, um dort am eigenen Leib zu erfahren, was sie dem Volk an Lasten auferlegt haben.

Ähnlich hat der Physiker und Philosoph Karl Raimund Popper (1902–1994) als Demokratie diejenige Herrschaftsform bezeichnet, in der es möglich ist, die Herrscher ohne Blutvergießen (*bloodshed*) auszutauschen. Dies sei ihr größter Vorzug, nicht etwa, dass die Mehrheit Recht habe.[84]

---

82 Dazu schon § 15b Rn. 78.

83 Zitiert nach https://law.lis.virginia.gov/constitutionexpand/article1/ <18.12.2023>.

84 *Karl Raimund Popper*, The Open Society and Its Enemies, vol. 1, 2nd ed., London 1952, S. 124 f.; deutsch: Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band 1, 6. Aufl., München 1980, Kapitel 7 II, S. 174 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn aber Demokratie Herrschaft auf Zeit ist, dann ist es, politisch gesehen, geradezu **undemokratisch**, wenn ein und dieselbe Person 20 Jahre lang an der Spitze des Staates steht. Ist eine fünfte Amtszeit des Bundeskanzlers aber auch **verfassungswidrig**? Nein, wird man wohl sagen, denn im Grundgesetz steht es so nun einmal nicht drin. 50

Anders in der amerikanischen Verfassung, bezeichnenderweise erst als Zusatz, genauer als das *Amendment XXII* von 1951[85]:

> Section 1. **No person** shall be elected to the office of the President **more than twice**, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of President more than once.

Könnte man dann aber nicht im Licht der Rechtsvergleichung sagen: Wenn die USA, immerhin die Erfinder der konstitutionellen Demokratie, schon *drei* Amtszeiten für undemokratisch halten, müssen es *fünf* Amtszeiten dann nicht *auf jeden Fall* sein? So dass Art. 63 GG – Wahl des Bundeskanzlers – im Licht des Art. 20 Abs. 1 GG **teleologisch-systematisch** so zu interpretieren ist: Nach 16 Jahren Amtszeit ist eine Wiederwahl ausgeschlossen. 51

Man könnte auch sagen: Im Licht der Dicker-Hund-Theorie (z.B. § 18 Rn. 34–38) wäre dies ein allzu „starkes Stück".

Ich bin mir nahezu sicher, mit dieser Argumentation jedenfalls im ersten Anlauf die wenigsten zu überzeugen. Im Grundgesetz steht es so nun einmal nicht drin. Es müsste im Wege der Verfassungsänderung hineingeschrieben werden. Zumal es im Grundgesetz selbst heißt:

> **Art. 79 Abs. 1 GG** Das Grundgesetz kann nur durch ein **Gesetz** geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert **oder ergänzt**.

Daraus lässt sich nun rückschließen: Wenn ein **Verfassungsgericht** den Wortlaut des Grundgesetzes stillschweigend ändern oder ergänzen sollte, dann wäre dies gleich doppelt verfassungswidrig. Erstens wäre es ein Übergriff in die *Kompetenz* des (verfassungsändernden) Gesetzgebers, zweitens ein Verstoß gegen das *Ausdrücklichkeitsgebot*. 52

Zur Interpretation des Wortes „ausdrücklich" nochmals unten § 29 Rn. 6–15 (Stichwort: Auslandseinsätze der Bundeswehr).

b) Fall 2: Die Abschaffung des Bayerischen Senats per Plebiszit

aa) Der Sachverhalt

Der zweite Fall zur Abgrenzung von Verfassungsinterpretation und Verfassungsänderung bzw. -ergänzung ist nicht erfunden, sondern stammt aus dem Jahr 1999.[86] Damals wurde in Bayern per verfassungsänderndem (!) Volksentscheid ein sehr spezielles, ja einzigartiges Verfassungsorgan abgeschafft: der Bayerische Senat. Dieser Bayerische 53

85 Dies war eine Reaktion darauf, dass der amerikanische Präsident Franklin D. Roosevelt (1882–1945) im Jahr 1944 für eine vierte Amtszeit gewählt worden war (während der er nach kurzer Zeit starb).

86 Dazu *Joachim Lege*, Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation? Der Methodenstreit um die Abschaffung des Bayerischen Senats, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2000, 283–287. – Ich hatte das Volksbegehren im Verfahren vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof als Prozessbevollmächtigter vertreten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Senat war eine Art von Honoratioren-Kammer, denn er setzte sich, ähnlich den Rundfunkräten[87], gewissermaßen „ständisch“[88] aus 60 Mitgliedern zusammen, die von den sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und kommunalen Körperschaften des Landes entsendet wurden, also etwa von der Land- und Forstwirtschaft, den Gewerkschaften, Religionsgemeinschaften, Hochschulen. Der Senat hatte vornehmlich beratende Funktion, aber auch ein Recht zur Gesetzesinitiative.[89]

Diese „ständische“ und auch leicht elitäre Einrichtung war seit langem Gegenstand der Kritik. Im Jahr 1999 schaffte es die ödp (Ökologisch-demokratische Partei), ein Volksbegehren mit dem Ziel zu initiieren, diese Honoratioren-Versammlung abzuschaffen („Schlanker Staat ohne Senat“[90]). Das Volks*begehren* wurde von dem erforderlichen Zehntel der stimmberechtigten Bürger des Freistaates unterstützt. Am anschließenden Volks*entscheid* beteiligten sich – die letzte Zahl ist wichtig – 39,9 % der Stimmberechtigten, von ihnen stimmten 69,2 % Prozent für die Abschaffung des Senats. Dies waren zugleich 27,32 % aller Stimmberechtigten.

bb) Der Verfassungstext

54 Der Bayerische Senat klagte nun vor dem bayerischen Verfassungsgerichtshof gegen seine Abschaffung. Hintergrund war der folgende, für ihn leicht prekäre Verfassungstext (ich teile ihn gerade für Nicht-Juristen ausführlich mit):

> **Art. 72 Verf** (1) Die Gesetze werden vom Landtag oder vom Volk (Volksentscheid) beschlossen.
> (2) …
>
> **Art. 73 Verf** Über den Staatshaushalt findet kein Volksentscheid statt.
>
> **Art. 74 Verf** (1) Ein Volksentscheid ist herbeizuführen, wenn ein Zehntel der stimmberechtigten Staatsbürger das Begehren nach Schaffung eines Gesetzes stellt.
> (2) Dem Volksbegehren muß ein ausgearbeiteter und mit Gründen versehener Gesetzentwurf zugrundeliegen.
> (3) bis (7) …

87 Siehe zum Beispiel § 18 und § 19 des NDR-Staatsvertrags vom 4. März 2021: Zusammensetzung und Aufgaben des Rundfunkrats. Der Rundfunkrat soll „die Interessen der Allgemeinheit auf dem Gebiet des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vertreten“ und dabei „die Vielfalt der Meinungen der Bürger und Bürgerinnen [berücksichtigen]“. Er hat zudem eine Reihe konkreter Befugnisse, etwa die Genehmigung des Wirtschaftsplans und des Jahresabschlusses.

88 Siehe zum Beispiel §§ 132–133 der Verfassung für das Königreich Württemberg vom 25. September 1819: zwei Kammern, die erste (Kammer für die Standesherrn) für den Hochadel, die zweite (Kammer der Abgeordneten) für – grob gesagt – Abgeordnete des ritterschaftlichen Adels, der Kirchen, der Städte und Oberamts-Bezirke und: „dem Kanzler der Landes-Universität“ (zitiert nach *Werner Frotscher/Bodo Pieroth,* Verfassungsgeschichte, 20. Aufl., München 2022, Rn. 288. – Im Rundfunkrat des NDR sind die Universitäten nicht vertreten, im Rundfunkrat des Bayerischen Rundfunks sitzt immerhin ein Vertreter der bayerischen Hochschulen (§ 6 Abs. 3 Ziff. 13 Bayerisches Rundfunkgesetz).

89 Siehe insgesamt Art. 34 bis 42 der Bayerischen Verfassung vom 2. Dezember 1946, aufgehoben durch Gesetz vom 20. Februar 1998.

90 Der Reim konnte in der spanischen Übersetzung erhalten werden: *Estado delgado sin Senado!* – Siehe *Joachim Lege*, ¿Reforma de la Constitución o interpretación constitucional? El debate metodológico en torno a la supresión del Senado Bávaro, in: Cuestiones Constitucionales 9 (2003), S. 187–199. Die Übersetzung hatte mein großartiger Freund Héctor Fix-Fierro besorgt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **Art. 75 Verf** (1) Die Verfassung kann nur im Wege der Gesetzgebung geändert werden. Anträge auf Verfassungsänderungen, die den demokratischen Grundgedanken der Verfassung widersprechen, sind unzulässig.
> (2) Beschlüsse des Landtags auf Änderung der Verfassung bedürfen einer Zweidrittelmehrheit der Mitgliederzahl. Sie müssen dem Volk zur Entscheidung vorgelegt werden.
> (3) …
> (4) Änderungen der Verfassung sind im Text der Verfassung oder in einem Anhang aufzunehmen.

Zusammenfassend: Die Verfassung kann in Bayern nur „im Wege der Gesetzgebung" geändert werden. Die Kompetenz zur Gesetzgebung steht sowohl dem Landtag zu (als dem Parlament) als auch dem Volk selbst im Wege des Volksentscheids („unmittelbare Demokratie"). 55

> Dies war in der Verfassung übrigens von Anfang an vorgesehen. Und Art. 75 Abs. 4 Verf hat natürlich die amerikanischen Amendments („Anhang") vor Augen.

Für die **Gesetzgebung** durch das Volk gibt es eine Spezialregelung beim Volks*begehren*: Dort muss ein sogenanntes Quorum (Mindestunterstützerzahl) von 10 % der Stimmberechtigten erreicht werden. Für den anschließenden Volks*entscheid* findet sich keine Spezialregelung. Es gilt vielmehr die allgemein-demokratische Regel: „Mehrheit entscheidet" (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verf).

Für die **Verfassungsänderung** gibt es eine Spezialregelung, wenn sie vom Landtag initiiert wird: Dann muss dort eine Zweidrittelmehrheit erreicht werden, der Beschluss muss zudem auch noch dem Volk zur Entscheidung vorgelegt werden. Eine Spezialregelung für den Fall, dass die Verfassungsänderung vom Volk selbst per Volksbegehren initiiert wurde, fehlt hingegen. Die Verfassung sagt dazu – *nichts*.

cc) Zwei mögliche Interpretationen

Angesichts dieses Gesetzestextes gab und gibt es zwei mögliche Interpretationen. Die erste Interpretation unterstellt der Verfassung, dass sie die Materie vollständig geregelt habe. Folglich ist eine Verfassungsänderung durch *jedes* Gesetz im Sinn des Art. 72 Abs. 1 Verf möglich, also auch durch Volksentscheid. Und für diesen verfassungsändernden Volksentscheid gibt es keine strengeren Regeln als für den einfach-gesetzlichen Volksentscheid. Es genügt das Eingangsquorum des Art. 74 Abs. 1 Verf: 10 Prozent der Stimmberechtigten. 56

Die zweite Interpretation unterstellt der Verfassung ebenfalls, dass sie alles, was sie regeln wollte, vollständig geregelt hat – und kommt zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Das Argument lautet: Von Verfassungsänderung ist nur in Art. 75 Verf die Rede. Dort wird implizit vorausgesetzt, dass eine solche Verfassungsänderung nur auf Initiative des Landtags zustande kommen kann. Für diesen – einzigen – Weg gelten sodann die Erschwernisse des Art. 75 Abs. 2 Verf: Zweidrittelmehrheit im Parlament, anschließendes Plebiszit. Hingegen findet sich zu einer Verfassungsänderung unmittelbar durch Plebiszit in der Verfassung – *nichts*. Also hat die Verfassung diesen zweiten Weg auch nicht vor-gesehen (im wahrsten Sinn des Wortes). 57

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Jenseits der Interpretation: Ergänzung der Verfassung

58 Der Bayerische Verfassungsgerichtshof war offensichtlich mit beiden Ergebnissen nicht recht zufrieden: weder mit einer allzu leichten Verfassungsänderung per Plebiszit noch mit einem völligen Verzicht darauf. Er hat daher einen Mittelweg gefunden, der allerdings die Grenze dessen, was man noch „Auslegung" des Textes nennen kann, deutlich überschreitet. In Wahrheit war es eine **Änderung** der Verfassung – und dass man sie bis heute in deren Text vergeblich sucht, macht die Sache nicht besser.

59 Die Leitsätze des BayVerfGH lauten wie folgt (Hervorhebungen J.L.):

> „1. (…)
>
> 2. Die Bayerische Verfassung kann auch im Wege der Volksgesetzgebung nach Art. 74 BayVerf. geändert werden.
>
> 3. Bei Verfassungsänderungen im Wege der Volksgesetzgebung nach Art. 74 BayVerf. ist beim Volksentscheid ein **Quorum** erforderlich. Die gegenteilige Auffassung des BayVerfGH in der Entscheidung vom 2. 12. 1949 (BayVerfGHE 2, 181 [218]) wird aufgegeben.
>
> 4. Dass ein solches Quorum **in der Verfassung nicht ausdrücklich** vorgeschrieben ist, stellt eine planwidrige Unvollständigkeit des Verfassungstextes dar, eine **Lücke**, die im Wege der **Auslegung** zu schließen ist.
>
> 5. Bei der **lückenfüllenden Auslegung** [!] geht der BayVerfGH davon aus, dass die Verfassung auch im Verfahren der Volksgesetzgebung einen erhöhten Bestandsschutz beansprucht und eine angemessene demokratische Legitimation sicherstellen will. Er legt andererseits zu Grunde, dass die Verfassung keine Hürden für die verfassungsändernde Volksgesetzgebung aufrichten will, die praktisch nicht zu übersteigen sind und deshalb prohibitiv wirken.
>
> 6. Es ist nicht Sache des BayVerfGH, punktgenau anzugeben, durch welche Lösung den Intentionen der Verfassung am besten entsprochen wird. Zu einer entsprechenden **Konkretisierung** (!) des Willens der Verfassung ist der **einfache** (!) Gesetzgeber verpflichtet.
>
> 7. Der **Gesetzgeber** hat die von der Verfassung insoweit vorgegebenen gegensätzlichen Ziele im Wege des schonenden Ausgleichs miteinander zu vereinen. Sein grundsätzlich gegebener Gestaltungsspielraum reduziert sich angesichts der Vorgaben der Verfassung auf eine relativ enge Bandbreite. Eine **mögliche Lösung**, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, ist ein Zustimmungsquorum von **25 %** der stimmberechtigten Bürger.
>
> 8. Das Gesetz zur Abschaffung des Bayerischen Senats hat beim **Volksentscheid** vom 8. 2. 1998 die Zustimmung von **27,3 %** der Stimmberechtigten erhalten. Diese Zustimmungsquote ist ausreichend, um diesem verfassungsändernden Gesetz die erforderliche demokratische Legitimation zu verleihen und nicht mit dem Ziel der Verfassungsstabilität in Konflikt zu geraten. Ein höheres Quorum ist von Verfassungs wegen nicht gefordert."

60 Mit dieser Argumentation konnte im **Ergebnis** die Abschaffung des Bayerischen Senats „gerettet" werden („es waren mehr als 25 Prozent").

> Man erkennt, nebenbei, dasselbe Schema wie bei der Bundestagsauflösung 1983 (§ 15a Rn. 77–80): Zuerst werden strenge Maßstäbe entwickelt, unter die der konkrete Fall dann aber gerade *nicht* subsumiert wird. Wenn ein Maßstab aber nicht wirklich *praktisch* wird, ist er dann nicht eigentlich ein *obiter dictum*?[91]

91 Ein *obiter dictum* ist eine Aussage des Gerichts, die nicht entscheidungserheblich ist und deshalb – in Fallrechtssystemen – auch *nicht bindend*, sei es für das Gericht selbst in späteren Fällen oder für die unteren Instanzen (vgl. § 11 Rn. 16 f. und § 14 Rn. 55, 58, 68).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nichtsdestoweniger ist diese **Argumentation methodisch** eindeutig **falsch**. Denn im Klartext sagt der BayVerfGH: Die *Verfassung* gebietet für verfassungsändernde Volksentscheide ein Zustimmungsquorum von 25 Prozent. Leider steht dies so nicht in der Verfassung. Also kann man seriöserweise nur sagen: Die Verfassung *sollte* dies gebieten – sie müsste insofern also **geändert** bzw. ergänzt werden, und zwar **ausdrücklich** „im Text der Verfassung oder in einem Anhang" (Art. 75 Abs. 4 Verf!), etwa wie folgt: 61

> **Art. 75 Abs. 2a Verf [Entwurf]** Verfassungsänderungen durch Volksentscheid bedürfen der Zustimmung von 25 Prozent der Stimmberechtigten.

Dort, im Verfassungstext, findet sich aber bis heute nichts dergleichen. Stattdessen heißt es nun im **einfachen Recht**, hier: im Gesetz über Landtagswahl, Volksbegehren und Volksentscheid (Landeswahlgesetz – LWG).[92] 62

> **Art. 79 Abs. 1 LWG** Ein Gesetzentwurf erreicht die erforderliche Zustimmung durch Volksentscheid, wenn
> 1. er mehr gültige Ja-Stimmen als Nein-Stimmen erhält und
> 2. im Fall, dass der Gesetzentwurf eine Verfassungsänderung beinhaltet, diese Ja-Stimmen mindestens 25 v.H. der Stimmberechtigten entsprechen (Quorum); (...).

Dass nach Ansicht des BayVerfGH der *einfache* Gesetzgeber eine solche Verfassungsänderung vornehmen durfte – dazu brauchte man in der Tat ein Wundermittel. Wir haben es weiter oben schon erörtert: die „Konkretisierung" (RN 4–28).

ee) Bewertung: Verstoß gegen ein Konkretisierungsverbot

Es mag durchaus sein, dass man das Ergebnis, zu dem der BayVerfGH gekommen ist, für verfassungs**politisch** richtig, ja für weise hält: Es besteht weiterhin die Möglichkeit, die Verfassung per Volksbegehren plus Volksentscheid zu ändern, aber nur unter erschwerten Bedingungen. Dies lässt sich auch mit nachvollziehbaren Argumenten untermauern: Eine Verfassung hat den Hauptzweck (*télos*), die politische Grundordnung von Staat und Gesellschaft zu stabilisieren. Also sollte sie schwerer zu ändern sein als ein einfaches Gesetz. Die Frage ist nur, ob dieses Argument **rechtlich zulässig** war. Das ist eine Frage der **Methodenlehre**, und die Antwort lautet ganz klar: Nein. 63

> Anders gewendet: Der Zweck (*télos*) heiligt nicht jedes Mittel, nicht jedes „teleologische" Argument. – Für Nicht-Juristen: Zu den vier „Canones" der Auslegung – zu ihnen gehört die sogenannte teleologische – sogleich in § 15d.
>
> Wir sehen, nebenbei, dass die Methodenlehre eine normative Wissenschaft ist.[93]

Zur Begründung ist das Wichtigste schon gesagt: In der Sache wird in die Verfassung etwas hineininterpretiert, das sich aus ihrem Wortlaut beim besten Willen nicht ergibt – nämlich die Erschwerung verfassungsändernder Volksentscheide. Damit ist die Grenze der Auslegung überschritten – der BayVerfGH spricht selbst von einer „Lücke", und eine „lückenfüllende *Auslegung*" (Leitsatz 5) ist ein Widerspruch in sich selbst (auf Latein: *contradictio in adiecto*). 64

---

92 Zur „Paragraphenzählung": In Bayern werden auch die Vorschriften der einfachen Gesetze mit Artikeln, nicht mit Paragraphen „durchnummeriert".

93 Ebenso wie die Logik, siehe § 5 II Rn. 53 mit Kant-Zitat: Logik ist „eine Wissenschaft des richtigen [!] Verstandes- und Vernunftgebrauchs überhaupt, aber nicht subjektiv, d.h. nicht nach empirischen (psychologischen) Prinzipien, wie der Verstand denkt, sondern objektiv, d.i. nach Prinzipien a priori, wie er denken *soll*" (Hervorhebung J.L.).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lückenfüllung ist, jedenfalls nach herrschender Meinung (h.M.) in den deutschen Methodenlehren, gerade nicht mehr „Auslegung", sondern „Rechtsfortbildung". Und insofern enthält Art. 75 Abs. 4 BayVerf geradezu ein **Konkretisierungsverbot**: Die Rechtsfortbildung muss auf höchster Ebene geschehen, im Text der Verfassung, nicht ein Geschoss tiefer durch ein „konkretisierendes" Verfassungsgericht und ein ihm folgendes einfaches Gesetz.[94]

Dieses Konkretisierungsverbot ähnelt durchaus dem bekannten Analogieverbot im Strafrecht (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG): keine Strafe ohne Gesetz, *nulla poena sine lege*.

65 Zudem lässt sich dem teleologischen Argument des BayVerfGH entgegenhalten: Die Gesetzgebung per Volksbegehren und Volksentscheid ist schon als solche erheblich schwerer zu bewerkstelligen als die Gesetzgebung im Landtag. Bereits das Eingangsquorum von 10 Prozent ist schwer zu erreichen. Hinzu kommt, dass der Landtag zu diesem Begehren, genauer: zu dem Gesetzentwurf des Begehrens, einen Alternativentwurf vorlegen kann (Art. 74 Abs. 4 BayVerf) und dass der Entwurf „mit einer Weisung der Staatsregierung zu begleiten [ist], die bündig und sachlich sowohl die Begründung der Antragsteller wie die Auffassung der Staatsregierung über den Gegenstand darlegen soll" (Art. 74 Abs. 7 BayVerf). Kurz und gut: Es *ist* schon schwer genug, ein Gesetz per Volksentscheid „durchzubringen" – und man vergleicht Äpfel mit Birnen, wenn man aus den Erschwernissen, die für parlamentarisch initiierte Verfassungsänderungen gelten, ein allgemeines Erschwernisgebot ableitet.

Und falls es *nicht* schwer genug sein sollte, muss man eben die Verfassung ändern – in den dafür vorgesehenen Verfahren. Das ist gar nicht zynisch gemeint: Zwar wird das Volk nur höchst ungern einer Beschränkung seiner Befugnisse zustimmen – durch Einführung eines (auch Abstimmungs-)Quorums. Aber es ist der einzig legale Weg der Änderung, und vielleicht könnte man das Volk davon sogar überzeugen: indem man es vor einem allzu leichten Weg für Populisten[95] warnt!

c) Erneut: ein Kompetenzproblem

66 Es liegt auf der Hand: Auch die Frage, was die Verfassungsinterpretation „ist" und wie weit sie gehen kann, ist am Ende eine Kompetenzfrage. *Nothing more pretentious.*

Daher muss eine normative Aussage, die aus dem Verfassungstext beim besten Willen nicht mehr hervorgeht, von den dafür zuständigen Instanzen explizit in das Verfassungsgesetz eingefügt werden – sei es nun eine Begrenzung der Amtszeiten des Bundeskanzlers (soeben unter 1) oder eine Erschwerung von Plebisziten (unter 2).

Siehe im Übrigen zur Verfassungsrechtsdogmatik, insbesondere zur Patchwork-Dogmatik des BVerfG, schon § 15a Rn. 31–36.

---

94 Klar zu den „Grenzen der Verfassungsinterpretation" auch *Hesse*, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 77 f.

95 Ich denke an das Minarett-Verbot in Art. 72 Abs. 3 der Schweizer Bundesverfassung, angenommen in der Volksabstimmung vom 29. November 2009. Das Verbot ist zumindest schwer mit der Religionsfreiheit in Art. 15 der Verfassung vereinbar, auch Art. 9 Abs. 2 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) – die Schweiz ist daran gebunden – dürfte entgegenstehen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Verfassungswandel?

Die beiden vorangegangenen Abschnitte zum Thema Verfassung und Verfassungsinterpretation waren jeweils mit einem Fragezeichen überschrieben. Im folgenden Abschnitt wollen wir uns nun dem größten Fragezeichen in diesem Kontext zuwenden: dem sogenannten Verfassungswandel. Gemeint ist damit ein Wandel in den sozialen Welten „außerhalb" des Rechts, genauer: in deren „*politischer* Verfassung",[96] der auf die Rechtswelt dergestalt zurückwirkt, dass sich auch das Recht – hier das Verfassungsrecht – wandelt. Oder wandeln *sollte*? 67

Indes ist der Begriff „Verfassungswandel" nicht unproblematisch. Dies liegt zum einen daran, dass sich die Wirklichkeit und ihre Welten *dauernd* wandeln und sich dabei einander anpassen. Kurz, es gibt einen „ständige(n), mehr oder minder erhebliche(n) ‚*Verfassungswandel*', der sich nicht leicht erkennen lässt und darum selten deutlich wird".[97] Zum anderen kann der Wandel aber auch so weit fortgeschritten sein, dass man die ursprüngliche Interpretation der Verfassung ändern sollte.

> So wurde in einem Sondervotum zur Bundestagsauflösung 1983 – Helmut Kohl – darauf hingewiesen, dass sich die Bundesrepublik entgegen den Vorstellungen der Verfassungsmütter und -väter zu einer „Kanzlerdemokratie" entwickelt habe.[98] Deshalb sei es legitim, dass ein vom Parlament im Wege des Misstrauensvotums gewählter Kanzler alsbald Neuwahlen ansetzt – und sei es im Weg der nicht wirklich[99] passenden Vertrauensfrage (s.o. Rn. 17–19 und schon § 15a Rn. 77–80).

Wie weit sich eine Neu-Interpretation der Verfassung, genauer des Verfassungs*textes*, auf einen „Verfassungswandel" berufen darf – genauer: auf einen für die Auslegung des Verfassungstextes relevanten gesellschaftlichen und/oder politischen Wandel –, ist weitgehend ungeklärt[100] und ein eher heißes Eisen.[101] Dies liegt daran, dass man angesichts der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus misstrauisch gegenüber allen Bestrebungen ist – und sein sollte! –, die aus einem Wandel des Zeitgeistes heraus rasch die Rechtsordnung uminterpretieren wollen. 68

96 Mit Luhmann könnte man sagen: Im Funktionssystem „Politik" als einem Teilsystem der Um-Welt des (Verfassungs-)Rechts.

97 *Hesse*, Grundzüge (Fn. 23), Rn. 46 – übrigens gleich im Anschluss an die Ausführungen zu „Normbereich" und „Normprogramm".

98 Sondervotum des Vizepräsidenten Wolfgang Zeidler, in: BVerfGE 62, 1, 64–70; das Stichwort „Kanzlerdemokratie" fällt so allerdings nicht ausdrücklich.

99 Zu dieser Formulierung schon Rn. 23 mit Fn. 42.

100 Soweit ersichtlich wird der Verfassungswandel in den gängigen Lehrbüchern des Staats- und Verfassungsrechts kaum erwähnt.

101 … an das sich immerhin der damals amtierende Präsident des BVerfG herangetraut hat: *Andreas Voßkuhle*, Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 417–423; *Matthias Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, München, Werkstand Mai 2023, Art. 79 Abs. 3 Rn. 33, identifiziert Verfassungswandel als „ein Thema der **verfassungsrechtlichen Methodik**, nicht der Rechtsquellenlehre". Allerdings findet sich dazu dann ausgerechnet in der am stärksten öffentlich-rechtlich geprägten Methodenlehre (*F. Reimer*, Fn. 34) – mit Recht – nichts. – Die NJML rät dazu, auf diese Kategorie zu verzichten. -Siehe zum dogmatischen Ansatz auch etwa *Horst Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2025, Art. 79 Abs. 1 GG Rn. 38–44.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zweifelhafter Klassiker immer noch Carl Schmitt: „Wir denken die Rechtsbegriffe um. (…) Wir sind auf der Seite der kommenden Dinge!“[102]

69 Auf der anderen Seite gibt es doch gelegentlich sehr weitgehende Veränderungen in den sozialen Strukturen – Veränderungen, die dazu führen, dass eine bisher bestehende Regel des Rechts „**nicht mehr wirklich**“ in die heutige Zeit passt.

Ein schönes Beispiel (zu ihm auch schon § 11 Rn. 22), weil es die Auslegung des einfachen Rechts im Licht eines „Verfassungswandels“ zu illustrieren scheint: Der ehemalige § 1300 BGB gewährte einer „unbescholtenen Verlobten“ einen Entschädigungsanspruch, wenn sie dem Verlobten vor der Ehe die Beiwohnung gestattet hatte und er später von der Verlobung zurücktrat. Diese Vorschrift wurde im Jahr 1992 von einem Amtsgericht (!) für verfassungswidrig gehalten und deshalb nicht angewendet (bei sog. vorkonstitutionellem Recht, also Recht aus der Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes, ist dies zulässig). Begründung: Die Sexualmoral habe sich im Lauf des 20. Jahrhundert derart gewandelt, dass der voreheliche Geschlechtsverkehr einer Frau nicht mehr als ein Makel angesehen wird, der ihr Ansehen trübt. Angesichts dieses „Wandels“[103] verstoße § 1300 BGB nunmehr gegen den speziellen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG („Männer und Frauen sind gleichberechtigt“). – Im Jahr 1998 wurde § 1300 BGB dann durch Gesetz aufgehoben.

Nichtsdestoweniger sollte man hier nicht von „Verfassungswandel“ sprechen. Gewandelt hat sich nicht der Sinnzusammenhang (zum Begriff § 5 Rn. 40–59) der *Verfassung* – der Gleichheitssatz ist derselbe geblieben –, gewandelt haben sich die Sinnzusammenhänge des sozialen Zusammenlebens von Mann und Frau. Diese haben aber *als solche* nicht Verfassungsrang, sie fließen lediglich bei der Interpretation dessen, was im Sinn der Verfassung „gleich“ ist, ein.

70 Dass ein Wandel in den sozialen Sinnzusammenhängen *als solcher* nicht schon Verfassungsrang hat, zeigt sich schließlich am schon mehrfach erwähnten Begriff „Ehe“. Wenn das, was der soziale Wandel unter einem Begriff verstehen will, abrupt und radikal von dem abweicht, was der Verfassungstext darunter verstanden hat, dann führt das nicht zu einem Wandel des Verfassungsbegriffs, sondern zu zwei miteinander unvereinbaren Begriffen: einem alten und einem neuen. Und nur der alte hat Verfassungsrang.

Anders gewendet: Der Begriff „Ehe“ in Art. 6 Abs. 1 GG („Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“) hat zum Zeitpunkt der Verfassunggebung eindeutig nur eine Ehe zwischen Mann und Frau gemeint – und selbst das BVerfG hat bis zum Jahr 2012 die Gegengeschlechtlichkeit für ein konstituierendes Merkmal der „Ehe“ gehalten.[104] Dieser Ehebegriff der *Verfassung* hat sich dadurch, dass mittlerweile eine Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare erst gefordert und dann im Jahr 2017 durch einfaches Gesetz ermöglicht wurde (§ 1353 BGB),

---

102 *Carl Schmitt*, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: Deutsches Recht (DR) 1934, 225–229 (229), im Original hervorgehoben. Dankenswerterweise jetzt leicht zugänglich, weil zusammen mit den anderen Schriften aus der NS-Zeit abgedruckt in: *Carl Schmitt*, Gesammelte Schriften 1933–1936, Berlin 2021, S. 156–164 (164).

103 So explizit Amtsgericht (AG) Münster, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 1720.

104 BVerfGE 131, 239 (259) – Lebenspartnerschaft von Beamten (2012): „Die Ehe als allein der Verbindung zwischen Mann und Frau vorbehaltenes Institut …“.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht radikal und abrupt „gewandelt" (andernfalls könnte die Verfassung in der Sache durch *einfaches* Gesetz oder gar durch einen Wandel der gesellschaftlichen „Wertvorstellungen" geändert werden). Kurz: Von einem *Verfassungs*wandel kann hier nicht die Rede sein.[105]

Praktische Konsequenz: Nach wie vor steht nur die Ehe zwischen Mann und Frau „unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung" (Art. 6 Abs. 1 GG). Der – einfache – Gesetzgeber könnte die „Ehe für alle"[106] also auch wieder abschaffen (streitig[107]).

Methodologisch folgt daraus: Der Begriff „**Verfassungswandel**" ist überflüssig – und zudem gefährlich. Er bezeichnet in wohlwollender Auslegung nicht mehr als das, was Schicksal eines jeden Begriffs und jeder Aussage ist: ihre Bedeutung *ständig* zu wandeln. 71

Zur Erinnerung: Ein Begriff ist die *Bedeutung* eines Terminus im Hinblick auf einen Gegenstand (§ 5 Rn. 9) – und was daraus folgt (§ 5 Rn. 14–17, „Pragmatische Maxime"). Eine Aussage ist die *Bedeutung* eines Satzes – z.B. eines Rechtssatzes – im Hinblick auf einen Sachverhalt (§ 5 Rn. 25) – und was daraus folgt.

Versteht man unter „Verfassungswandel" hingegen – und so wird er verstanden –, dass eine „eigentliche" Verfassung, eine „Verfassung hinter der Verfassung"[108] dazu drängt, die nur vordergründige Verfassung des Verfassungstextes „wertend" auf Trab zu bringen, dann stellt man letztlich die Politik (und damit die Macht) über das Recht.

Aus diesem Grund sollte man, ja muss man auf den Begriff Verfassungswandel **verzichten**.[109]

Er verkörpert eine gefährliche Irrlehre.

---

105 Sehr lesenswert *Heinrich Lang*, in: Heinrich Lang/Heinrich Willms, Staatsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl., Stuttgart 2022, Rdnr: 792–794.

106 … die übrigens keine echte Ehe „für alle" ist, denn sie erfasst weder Intersexuelle noch Ehen zwischen Geschwistern oder Mehrfachehen.

107 So vermutlich *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 6 Rn. 118: „Gleichgeschlechtliche Ehen nehmen damit ebenso und gleichermaßen wie verschiedengeschlechtliche Ehen am Schutz des Art. 6 I GG teil." Allerdings: Wenn Art. 6 Abs. 1 ein „normgeprägtes Grundrecht" ist, d.h. dem einfachen Gesetzgeber eine „Ausgestaltungsbefugnis" zugesteht (Rn. 119) – warum dann nicht? Warum sollte ein *actus contrarius* an der Verfassung scheitern?

108 Formulierung in Anlehnung an *Richers*, Verfassung der Verfassung: Rudolf Smend (Fn. 76); und natürlich auch in Anlehnung an den berühmten „Täter hinter dem Täter" im Strafrecht, erfunden von *Friedrich-Christian Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Berlin 1965 (seine Doktorarbeit).

109 Ebenso *Otto Depenheuer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Auflage, München 2022, § 10 Rn. 114 (Hervorhebung dort): „Was sich in diesem vielstimmigen Chor der Verfassungsinterpreten wandelt, ist allein die Interpretation der Verfassungsnormen und ihre problemorientierte dogmatische Aufbereitung, während die Verfassung selbst stets die gleiche bleibt. **Einen Verfassungswandel gibt es daher nicht**. Was sich ändert, ist nur die Interpretation der gleichbleibenden Verfassungsnormen durch unterschiedliche Akteure des Verfassungslebens. Dabei kommt der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zwar eine unübersehbare Bedeutung zu, der aber – jenseits der konkreten Urteile – keine normative Verbindlichkeit für alle anderen Verfassungsinterpreten zukommt."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Schlussbemerkungen

72 Thema dieses § 15c der NJML waren die wichtigsten „Irrlehren" betreffend die Interpretation von Rechtsregeln, genauer: die Interpretation vorgegebener autoritativer Rechtstexte („Gesetzesauslegung"). Leider gehören diese Fehlvorstellungen nach wie vor zum Grundbestand vieler juristischer Methodenlehren, und sie werden – *even worse* – vor allem dann hervorgekramt, wenn man in schwierigen Fällen (*hard cases*) „wertend" Stellung zu beziehen hat.

73 In solchen Fällen besteht offenbar das Bedürfnis, der rechtlichen Entscheidung über das schlicht-logische Argumentieren mit Wertungen *als ersten Prädikaten* (§ 5 Rn. 34–36) hinaus …

> Zur Erinnerung: „Wertungen" sind im Prozess des normativen Schlussfolgerns die ersten Prädikate – so wie im Prozess des sonstigen Schlussfolgerns *Wahrnehmungen* die ersten Prädikate sind. Das Prädikat „ist heiß" führt zu Schlussfolgerungen, die uns lehren, mit dem Wesen einer Herdplatte rational umzugehen. Das Prädikat „ist schrecklich" führt zu Schlussfolgerungen darüber, was man rechtlich verbieten sollte – und dann übrigens schon bei Platon zu der (Kompetenz-)Frage, wer die richtige (!!) Meinung vom Schrecklichen haben sollte.[110] Antwort: die Wächter, also der Staatsapparat.

… ein Surplus zu verleihen: den Nimbus einer höheren (oder tieferen?) Einsicht in „Werte", die Legitimation durch „wertende Erkenntnis". Letztlich steckt diese Sehnsucht – jedenfalls nicht besserer Durchblick – hinter Konzepten wie „Konkretisierung" und „Typus", hinter „Topik" (wenn man ihre Ironie beiseite lässt) und „Verfassungsinterpretation".

> „Werte" sind nun einmal Dialogstopper: Darüber können wir nicht mehr diskutieren.

74 Angesichts dieses nach wie vor gefährlichen Potentials sind drei Schlussbemerkungen angebracht: eine analytische, eine dogmatische und eine ethische. Sie hängen eher lose miteinander zusammen.

1. Synästhetische Missverständnisse: Unbestimmtheit – Wertung – Kreativität

75 Vermutlich beruhen die erörterten Fehlvorstellungen zum Teil auf syn-ästhetischen Missverständnissen: Man schaltet unwillkürlich verschiedene Parameter der Wahrnehmung (= Ästhetik) gleich, obwohl sie voneinander unabhängig sind. So neigt man als Amateurmusiker dazu, im Tempo *schneller* zu werden, wenn man in der Dynamik *lauter* wird oder wenn man in der Melodie *mehr Noten* pro Takt zu bewältigen hat. Ganz ebenso meint man als Jurist offenbar leicht, dass bei Rechtsbegriffen die (semantische) *Unbestimmtheit* gleichzusetzen ist mit der Notwendigkeit einer (rechtsethischen) *Wertung* und mit einem Spielraum für *schöpferische Elemente* (bei der geistigen Tätigkeit).

110 *Platon*, Politeia IV 7 (429b-d, 430a-b); dazu *Joachim Lege*, „Die richtige Meinung vom Schrecklichen". Platon über das Staats- und Verwaltungsrecht, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow, Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 271–280; dazu schon § 14 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In Wahrheit steckt im recht präzisen Begriff „Heimtücke“ ebensoviel „Wertung“ wie im unscharfen Begriff „Treu und Glauben“, allein die Begriffsbildung unterscheidet sich: Bei der Heimtücke erfolgt sie im Schwerpunkt intensional („Definition“), bei Treu und Glauben im Schwerpunkt extensional („Fallgruppen“). Die Logik hinter beidem ist dieselbe (§ 15a III und IV). 76

Das Beispiel „Heimtücke“ haben wir mehrfach erwähnt (Gashahn-Fall, § 3, § 6 und öfter), und wir werden noch einmal darauf zurückkommen (Türkischer-Onkel-Fall, § 27 II).

Ästhetik ist ursprünglich nicht die Lehre vom Schönen, sondern von der *Wahrnehmung* (altgriechisch *aísthēsis*). *Syn-ästhetik* ist daher, wörtlich genommen, die „Zusammen-Wahrnehmung“ von Phänomenen unter verschiedenen Wahrnehmungs-Kategorien: Manche Musiker verbinden mit den verschiedenen Tonarten bestimmte Farben (und können dann sogar Cis-Dur und Des-Dur höchst kontrastreich unterscheiden[111]).

Dass Ästhetik auch für die Jurisprudenz der letzte Halt ist – und nicht etwa Ethik! – ist übrigens eine der Hauptthesen der NJML (dazu der Vierte Teil dieses Buchs).

Kurz: Die Bestimmtheit oder **Unbestimmtheit** von Begriffen (oder Aussagen), ihr Bezug auf (objektive) **Werte** und vor allem ihr Bezug zu **Kreativität** („schöpferische Elemente“) sind drei **völlig verschiedene Kategorien**. 77

Man kann geradezu im Gegenteil sagen: Kreativität ist umso mehr gefragt, wenn Begriffe oder Aussagen eindeutig sind – und man sich trotzdem nicht an sie halten will.[112] Beispiele dazu in Kapitel 5 („Manipulation des Ergebnisses“).

2. Viele Methodenlehren, eine (einzige) Methode

Bestätigt hat sich, nebenbei, in § 15c eine weitere Hauptthese der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML), sie lautet in aller Kürze: 78

Viele Methodenlehren, eine Methode!

Und etwas länger: Es gibt viele juristische Methodenlehren, aber nur eine einzige juristische Methode.[113]

Diese juristische *Methode* besteht aus Logik, Logik, Logik (genauer: Deduktion, Induktion, Abduktion) plus Interpretation (von Begriffen, Aussagen und Schlussfolgerungen in ihren jeweiligen – auch mehreren! – Sinnzusammenhängen); dazu auch unten §§ 24–24b.

Die verschiedenen juristischen Methoden*lehren* haben von dieser *einen* Methode allerdings unterschiedliche (Hintergrund-)Vorstellungen. Und manche davon sind, wie wir in diesem § 15c gesehen haben, falsch.

111 Für die Erkenntnis danke ich sehr dem Schweizer Kollegen *Wolfgang Portmann*.

112 Hier passt noch einmal *Carl Schmitt*, Staat, Bewegung, Volk (Rn. 48), S. 43: „So betrachtet, gibt es heute überhaupt nur noch ‚unbestimmte‘ Rechtsbegriffe“; jetzt leicht zugänglich in: Schmitt, Schriften 1933–1936 (Fn. 102), S. 113.

113 So bereits *Joachim Lege*, Was leistet „die“ Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der“ Antiken Gerichtsrhetorik, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–45.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Zur Ethik der Interpretation autoritativer Texte („Regelbildung")

79 Fehlvorstellungen sind nicht nur theoretisch interessant, sondern auch praktisch relevant – wenn sie zu Fehlverhalten führen. Daher will ich – bei aller Skepsis gegenüber „der Ethik" (§ 31) und eher als Beifang – am Ende dieser Auseinandersetzung mit verbreiteten „Irrlehren" doch zwei Gebote formulieren, die die Rechtschaffenheit (*righteousness*) im Umgang mit autoritativen Texten befördern könnten.

a) Das Gebot intensionaler („abstrakt-genereller") Zurückhaltung

80 Das erste Gebot ist eine Antwort auf die synästhetischen Fehlschlüsse, die wir soeben (unter 1) erörtert haben. Diese Fehlschlüsse lauten: Rechtsbegriffe sind oft unbestimmt, also muss man gegebenenfalls viel in sie hineininterpretieren. Das Gegenteil ist richtig:

> Gerade **wenn und weil** in autoritativen Texten die Begriffe (oder Aussagen) **unbestimmt** sind, sollte man nicht viel in sie hineininterpretieren. Vielmehr sollte gelten: So viel wie nötig, **so wenig wie möglich**.

Andernfalls verletzt man die Kompetenz des Autors („Gesetzgebers", Normgebers), vor allem aber blockiert man die weitere Entwicklung des Rechts „von Fall zu Fall".

81 Immerhin an einigen hohen Gerichten nimmt man dies, wie man mir gesagt hat, sehr ernst und fragt sich immer: Wie viel müssen wir in den „Obersatz"[114] hineinschreiben, um den Fall entscheiden zu können? Und was können wir, auch wenn es uns im Hinblick auf künftige Fälle gefallen würde, weglassen? Denn wenn wir es weglassen *können*, dann *müssen* wir dies auch. Wir sind die Richter, nicht die Gesetzgeber.

> Und wir wissen auch nicht, ob sich eine Fallkonstellation, die wir heute *so* bewerten *würden* (!), in zehn Jahren *ganz anders* darstellen wird (etwa wegen eines technischen Fortschritts).

Ich möchte dies geradezu als ein Postulat der **Ethik rechtlicher Regelbildung** bezeichnen.

82 Im Licht der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) kann man auch sagen: Bei der Interpretation unbestimmter Begriffe (oder Aussagen) in autoritativen Texten darf so wenig wie möglich an der *Intension* (§ 15a Rn. 5), also am Begriffs*inhalt* (grob: an der Definition) „geschraubt" werden. Ich nenne dies das **Gebot intensionaler Zurückhaltung**.

> Andernfalls verselbständigen sich die unnützen Elemente und irrlichtern unberechenbar wie Weltraumschrott durch die Zukunft. – Ein aktuelles Beispiel dafür, dass Fragmente aus der Rechtsprechung des BVerfG auch am Anfang der juristischen Nahrungskette, also bei den Amtsgerichten, völlig dekontextualiert aufgegriffen werden: Zubilligung eines Zeugnisverweigerungsrechts unmittelbar aus der Verfassung, hier abgeleitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, ohne jede Auseinander-

114 Kritisch zu dieser Verwendung des Begriffs unten § 34 Rn. 56–62 (58).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzung mit dem Präjudiz – allein also unter Rückgriff auf eine intensionale Formulierung des BVerfG.[115]

Noch anders formuliert[116] lässt sich sagen – dies gilt dann für *jede* Interpretation autoritativer Texte: Was ein Interpret einem autoritativen Text auf der „abstrakt-generellen“[117] Ebene hinzufügt (also bei der Bildung der *Regel* des Vollständigen Juristischen Syllogismus – VJS –, siehe § 8), sollte so sparsam wie möglich erfolgen. 83

Und wenn das abstrakt Hinzugefügte den bisherigen Begriff geradezu konterkariert – Beispiel „Ehe“ – oder wenn es mit kreativen Aussagen Lücken füllt, wo keine sind – Beispiel „Bayerischer Senat“ –, dann ist dies eben nicht mehr Interpretation.

b) Das Gebot gegenseitigen Respekts (Autor und Interpret)

Das zweite ethische Gebot zur Interpretation autoritativer Texte richtet sich, genau besehen, mehr an den Autor als an den Interpreten. Hinter diesem Gebot steht die schlichte Einsicht: 84

Mit schlechten autoritativen Texten kann man nur schwer gutes Recht „produzieren“[118].

Daraus folgt: Nicht nur hat der Interpret den Autor eines autoritativen Textes zu respektieren (in der gerade geschilderten Art). Sondern es muss auch der Autor seinem Interpreten den nötigen Respekt erweisen. Und dies tut er nicht, wenn er seine Regeln unklar oder gar widersprüchlich formuliert – salopp formuliert nach dem Motto: Sollen sie sehen, wie sie damit klarkommen, sei es als Juristen oder als Rechtsunterworfene.

Beispiele für derartige Respektlosigkeiten von Seiten des Gesetzgebers: § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB (Baugesetzbuch) – eine Norm, die sich kaum konsistent auslegen lässt.[119] Oder der schon erwähnte § 184j StGB (Strafgesetzbuch) – Straftaten aus Gruppen.[120]

Politisch steht dahinter natürlich oft, dass die Gesetze des Parlaments ein Kompromiss verschiedener Parteien sind. Mit unscharfen Wendungen können dann alle

115 Amtsgericht (AG) Menden, in: Strafverteidigerforum (StraFo) 2023, 93–95 mit Anmerkung von *Antonia Taute*. – Im Fall berief sich in einem Vergewaltigungsprozess das mutmaßliche Opfer auf dieses ungeschriebene Zeugnisverweigerungsrecht.

116 Angeregt durch die knappen Ausführungen von *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 14 Rn. 8 und § 4 Rn. 20, zur „Ehe für alle“.

117 Dazu oben Rn. 5.

118 Das Wort „produzieren“ ist hier völlig wertfrei gemeint, insbesondere nicht als Anspielung auf industrielle Massenproduktion oder dergleichen. Es bedeutet schlicht: herstellen, fabrizieren, gestalten usw. – Die sogenannte Strukturierende Rechtslehre – eine wichtige „Schule“ unter den Juristischen Methodenlehren – spricht übrigens bewusst von „Rechtsarbeit“, wenn es um die Tätigkeit der Juristen geht, dazu etwa *Frank Laudenklos*, Rechtsarbeit ist Textarbeit. Einige Bemerkungen zur Arbeitsweise der „Strukturierenden Rechtslehre“, in: Kritische Justiz (KritJ) 1997, 142–158; dabei ist „Rechtsarbeit“ natürlich auch eine kleine Reverenz an den Marxismus. – Zu Friedrich Müller, dem Begründer dieser Schule, oben im Text Rn. 13 f.

119 Siehe unten § 28 Rn. 15 f.

120 Siehe oben § 10 Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Autoren leben[121] (und sich vor ihrer Klientel rechtfertigen). Und wenn die Gerichte etwas anderes daraus machen, kann man die Schuld auf sie schieben.

85 Besonders schwierig wird es freilich, wenn der Interpret dem Autor signalisiert, er werde dessen Werk ohnehin gering achten – im Klartext: wenn die Rechtsprechung dem parlamentarischen Gesetzgeber mehr oder weniger den Gehorsam verweigert[122] oder wenn das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) immer wieder etwas zu beanstanden findet. In beiden Fällen ist eine gewisse Resignation des Autors – hier des Gesetzgebers – jedenfalls verständlich: „Die Gerichte machen ohnehin, was sie wollen …"

Ebenso verständlich daher, dass „die Politik" manchmal geradezu darum bettelt, vom BVerfG „möglichst genaue Vorgaben" zu bekommen.[123]

121 Bekannt ist die Wendung „dilatorischer Formelkompromiss" (*Carl Schmitt*, Verfassungslehre [1928], 11. Aufl., Berlin 2017, § 3 III S. 31–36).

122 Ein hübscher Fall: BVerwGE 107, 215 (223) – Drittschützende Wirkung des Abwägungsgebots zu Gunsten von Plan-Angrenzern/Dauerkleingärten (1998): Hier hat das Gericht das, was der Gesetzgeber wollte – eine Begrenzung der Klagemöglichkeit gegen Bebauungspläne – durch eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung vereitelt, nämlich: dort eine Klagemöglichkeit anerkannt, wo es sie vorher verneint hatte. Und dann dem Gesetzgeber gesagt: Wir wissen ja, was du wolltest – aber du hast es im falschen Gesetz geregelt.

123 So offenbar einmal geschehen nach einem der vielen Aufrufe zur Umgestaltung des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag. Das Problem ist nur, dass sich das BVerfG dort selbst in kaum lösbare Verstrickungen begeben hat.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 15d Regeln (Rechtssätze) interpretieren IV: Die guten alten „Canones“

Kommen wir nun also, reichlich spät, zu dem Punkt, mit dem die gängigen Methodenlehren meist beginnen, wenn es um die Interpretation von Regeln geht (genauer: von autoritativen Texten, in denen die Regel formuliert ist): zu den sogenannten „Canones“ der Auslegung! Wir werden sehen, dass diese Canones ihrerseits der Interpretation bedürfen: Was versteht man heute ganz allgemein darunter (I), wie verstand sie Savigny (II), und was haben sie uns hier zu sagen – im Kontext der Neuen Juristischen Methodenlehre – NJML – (III)? 1

Nebenbei: Das Wort „Canon“ war schon im Lateinischen ein Fremdwort, das aus dem Griechischen stammt. Dort bedeutet *kanṓn* ursprünglich „Rohrstab, gerader Stab“, sodann auch „Stab, mit dem man etwas misst“, kurz „Maß-Stab“, schließlich übertragen auch „Vorschrift, Regel, Norm, Vorbild“. Das Wort „Kanone“ (als Rohr) ist damit verwandt.[1]

I. Die „Canones“ heute („h.M.“)

Nach geradezu erschlagend herrschender Meinung („h.M.“) hat die Auslegung von Regeln (genauer: Normtexten) vier „Canones“ zu berücksichtigen – man könnte ganz unprätentiös auch sagen: vier Aspekte (also: Gesichtspunkte, Sichtweisen): 2

- Wortlaut („grammatisch“)
- Entstehungsgeschichte („historisch“)
- Systematik (die Stellung der Regel im Geflecht anderer Regeln – „systematisch“)
- Ziel und Zweck der Regel (altgriechisch *télos*[2]– „teleologisch“).

Wann genau es zu genau *diesem* Kanon gekommen ist, lässt sich erstaunlicherweise nicht eindeutig klären. Die klassischen Methodenlehren (Larenz[3], Zippelius[4], Coing[5]) formulieren keine derartige „Checkliste“, sondern gehen teils wenig vertieft vom klassischen Savigny-Text aus (dazu sogleich unter II) oder auch eigene Wege. Die Liste, so wie sie soeben vorgestellt wurde, findet sich – auch dann allerdings nicht immer in ganz einheitlicher Terminologie[6] – eher in den Methodenlehren der zweiten und 3

1 Genaue Genealogie offenbar: von griechisch *kánna* = Rohr über lateinisch *canna* und italienisch *cannone* = großes Rohr ins Deutsche.

2 Nochmals: *das* Telos (Neutrum) und kurzes „e“.

3 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl., Heidelberg 1960, S. S. 13, 241–259; 6. Aufl., Heidelberg etc. 1991, S. 16, 312–365 (Kapitel 4).

4 *Reinhold Zippelius*, Einführung in die Juristische Methodenlehre, München 1971, übrigens mit noch heute lesenswertem Vorwort; *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, §§ 8–10.

5 *Helmut Coing*, Juristische Methodenlehre, Berlin etc. 1972, erwähnt Savigny nur kurz und nennt S. 25–28 ganz andere Canones (nach Schleiermacher): Autonomie oder Objektivität des zu interpretierenden Werkes; Einheit des Werkes; genetische (gemeint historische) Auslegung; Auslegung aus der Sachbedeutung; der Gesichtspunkt des Vergleichs.

6 So nennt etwa *Lutz Treder*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Heidelberg 1998, S. 51, die Auslegung nach dem Wortlaut die „philologische“ Auslegung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dritten Generation, und zwar sowohl in der großen „akademischen“ Methodenlehre von Bydlinski[7] als auch in primär an Studenten gerichteter „Ausbildungsliteratur“ (Schmalz[8], Wank[9], Treder[10], Beaucamp/Beaucamp[11]).

4 Die treffendste und kürzeste Gegenüberstellung der heutigen Terminologie und der Terminologie im klassischen Savigny-Text (der wörtlich zitiert wird) findet sich bei Klaus Adomeit und Susanne Hähnchen.[12]

> Der ursprüngliche Titel dieses Werks – „Rechtstheorie für Studenten“, damals noch von Adomeit allein verantwortet (1979) – war übrigens bewusst missverständlich formuliert. Es handelte und handelt sich gerade nicht nur um eine für Studenten aufbereitete Darstellung des *status quo*, sondern um eine durchaus kritische, teilweise sogar kämpferische Aufklärung des *backgrounds* der juristischen Methode – nicht zuletzt im Lichte der Logik.[13]

5 Die beiden aktuell herausragenden Methodenlehren von Thomas M.J. Möllers und Franz Reimer behandeln *diese* vier „klassischen“ Kanones durchaus unterschiedlich. Bei *Möllers* geht der klassische Text von Savigny (s.u. Rn. 7) im weiteren Kontext zunächst eher unter.[14] Sodann folgt Möllers aber in § 4 Savignys Terminologie – „grammatisch“, „systematisch“, „historisch“, –, bevor er in § 5 mit „Telos, Logik und folgenorientierte Auslegung“ ein sehr buntes Fass aufmacht.

Franz Reimer stellt die soeben genannten vier Kanones an den Anfang einer ganzen Reihe von weiteren, allerdings mit Fragezeichen versehenen „Auslegungsgesichtspunkten“ (der letzte lautet: „Sonstige Kanones?“).[15] Eingebaut ist zudem eine ausführliche und kritische Auseinandersetzung mit dem klassischen Text von Savigny (s.u.),[16] nicht zuletzt unter Rückgriff auf die zornige Verteidigung des Klassikers gegen vereinfachende Kritik oder Vereinnahmung, wie sie Joachim Rückert – wohl der beste Savigny-Kenner[17] – vorgelegt hat.[18]

---

7 *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1982, S. 436–463.

8 *Dieter Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl., Baden-Baden 1992, S. 230–270.

9 *Rolf Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl., Köln u.a. 2005, §§ 5 bis 8.

10 Siehe Fn. 6.

11 *Guy Beaucamp/Jakob Beaucamp*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 4. Aufl., Heidelberg 2019, S. 45–57.

12 *Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2018, S. 53 (Rn. 66).

13 Im Aufbau noch heute abzulesen: I. Normlogik – II. Methodenlehre – III. Rechtspolitologie (ja, Politologie!).

14 *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 18–22.

15 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, S. 138–199.

16 *F. Reimer* (Fn. 15), Rn. 274–280.

17 Spätestens seit *Joachim Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984; zur Auslegung dort S. 348–358.

18 *Joachim Rückert*, Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861), in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 35–72.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wie auch immer: Der heutige Viererkanon – Wortlaut, historisch, systematisch, teleologisch -ist gleichsam[19] gewohnheitsrechtlich (zum Begriff § 14 Rn. 17–19) als zentrales juristisches Handwerkszeug anerkannt. 6

Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechung. Auch dort, wo sie die Kanones nicht ausdrücklich benennt, arbeitet sie häufig in der Sache genau dieses Schema ab (siehe zu Schemata auch unten § 23 und schon oben § 11 Rn. 42–45).

Dabei sind die ersten drei Elemente mehr oder weniger selbsterklärend. Allein beim „Telos“ scheint es schwierig zu werden: *Wessen* Ziel soll maß-geblich (*kanőn*!) sein? Der subjektive Wille des Gesetzgebers oder der objektive Zweck des Gesetzes? Und auf *welche* Folgen (*consequences*!) der Entscheidung soll es ankommen? Auf die Rechtsfolge im konkreten Fall oder auf die z.B. wirtschafts- und ordnungspolitischen Folgen *in the long* run? Wir kommen darauf zurück.

Dass Begriffe die Gesamtheit ihrer Folgen sind, haben wir vielfach erwähnt (siehe vor allem § 5 Rn. 14).

II. Die „Elemente“ der Auslegung bei Friedrich Carl von Savigny (1840)

1. Der klassische Text

Wie auch immer: Auch die NJML kommt an dem Klassiker Savigny nicht gänzlich vorbei. Daher: Dies ist der Text von 1840 (Savigny war also schon 60 oder 61 Jahre alt und hatte eine glanzvolle Karriere hinter sich,[20] u.a. als preußischer „Staats- und Justizminister“[21]): 7

„Das Eigenthümliche derselben (d.h. der Auslegung, J.L.) zeigt sich aber, wenn wir sie in ihre Bestandteile zerlegen. So müssen wir in ihr Vier [sic] Elemente unterscheiden: ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches.

Das *grammatische* Element der Auslegung hat zum Gegenstand das Wort, welches den Übergang aus dem Denken des Gesetzgebers in unser Denken vermittelt. Es besteht daher in der Darlegung der von dem Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze.

Das *logische* Element geht auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältniß, in welchem die einzelnen Theile desselben zu einander stehen.

Das *historische* Element hat zum Gegenstand den zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältniß durch Rechtsregeln bestimmten Zustand. In diesen Zustand sollte das Gesetz auf bestimmte Weise eingreifen, und die Art dieses Eingreifens, das was dem Recht durch dieses Gesetz neu eingefügt worden ist, soll jenes Element zur Anschauung bringen.

19 „Gleichsam“, weil er gerade nicht *autoritativ* (§ 14 II) vorgeschrieben ist. Er ist halt nur: eine Interpretation von „Interpretation“.

20 Zur ersten kurzen Orientierung: *Jan Schröder*, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), in: Gerd Kleinheyer/Jan Schröder, Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., Heidelberg 1996, S. 352–361; euphorischer *Erik Wolf*, Friedrich Carl von Savigny, in: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 467–542; und man denke natürlich an den Savigny-Platz in Berlin-Charlottenburg (in den Stationsdurchsagen der S-Bahn fälschlich auf der zweiten statt der ersten Silbe betont).

21 Insofern allerdings nach dem Fazit *Schröders* (Fn. 20), S. 353, „politisch nicht sehr erfolgreich“.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Das *systematische* Element endlich bezieht sich auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft (§ 5). Dieser Zusammenhang, so gut als der historische, hat dem Gesetzgeber gleichfalls vorgeschwebt [!], und wir werden also seinen Gedanken nur dann vollständig erkennen, wenn wir uns klar machen, in welchem Verhältniß dieses Gesetz zu dem ganzen Rechtssystem steht, und wie es in das System wirksam eingreifen soll.“[22]

8 Was als Allererstes auffällt (das ist allgemein bekannt): Die „teleologische“ Auslegung fehlt. Auf der anderen Seite: Wenn Savigny danach fragt, in welchen Rechtszustand das Gesetz (= die Regel) „eingreifen“ wollte – fragt er dann nicht *eigentlich* schon nach dem (historischen) Gesetzes*zweck*?

2. Die Interpretation des Textes

9 Wir müssen an dieser Stelle Savigny weder verteidigen noch desavouieren – es gibt genug an (offenbar auch schlechter[23]) Literatur über ihn. Sehr wohl aber wollen wir versuchen, seinen Text einmal an den den heutigen Maß-stäben zu messen.

a) Wortlaut: „Elemente“, nicht „Canones”

10 Was den Wortlaut angeht, so fällt auf (auch das ist allgemein bekannt): Savigny verwendet gerade nicht das Wort „Canones“ (oder Kanones) für die Auslegung, sondern das Wort „Elemente“. Also nicht „Maßstäbe“, sondern „Bestandteile“, die offenbar in *jeder* Interpretation von Rechtregeln enthalten sind.

> Ohnehin bezeichnet das Wort Kanon eigentlich nicht die *Bestandteile* eines Ganzen, sondern das Ganze selbst, hier: die vier Regeln der Auslegung. Vorbild dafür ist ein Text aus der griechischen Antike: der „Kanon“ des Bildhauers Polyklet (ca. 480–400 v. Chr.) – eine Schrift, in der die Kunstregeln der Bildhauerei dargestellt und insbesondere die „richtigen“ Proportionen des (schönen) menschlichen Körpers vorgestellt und gleichsam normiert wurden. (Das Buch ist allerdings verlorengegangen.) Das Musterbeispiel einer Statue, die nach diesen Normen geschaffen wurde, ist der sogenannte *Doryphóros* (Speerträger; Bilder findet man im Internet ohne Mühe).
>
> Einen „Kanon“ als Gesamtheit meint auch der sogenannte Bildungskanon: Das sind die Bücher, die man als gebildeter Mensch gelesen haben muss.[24] Oder Filme, die man gesehen haben muss. Opern, die man kennen muss. Schallplatten …[25] Als „Kanon“ bezeichnet man schließlich auch die Liste der maß-geblichen, von den

22 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, § 33, S. 213 f. (Hervorhebungen im Original). – Zum „Vorschweben“ vgl. auch oben § 14 bei Fn. 45.

23 So jedenfalls nach der Einschätzung von *Rückert* (Fn. 18), Rn. 212, mit drei Beispielen.

24 In den frühen 2000er Jahren hat der Literaturkritiker *Marcel Reich-Ranicki* (1920–2013, sprich: „Ranitzki“) einen solchen Kanon herausgegeben, untergliedert nach: Romane, Erzählungen, Dramen, Gedichte, Essays.

25 Siehe auch *Manfred Fuhrmann*, Der europäische Bildungskanon, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2004; siehe zu Fuhrmann auch § 2 Fn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jeweiligen Kirchen als heilig akzeptierten Bücher der Bibel;[26] die Bücher außerhalb des Kanons bezeichnet man als Apokryphen.[27]

Und Savigny schließlich, das ist der letzte Witz, versteht unter „Canon“ ganz beiläufig 11
etwas ganz anderes: nämlich die von ihm als – in meiner Terminologie – autoritativer Text anerkannten „Gesetze“ des Römischen Rechts.[28] Konkret also: vor allem das Corpus Iuris Civilis des (ost-)römischen Kaisers Justinian (482–565).

> Ich sage ja immer: Denken Sie beim Römischen Recht nicht an Rom, sondern an Istanbul, vormals Konstantinopel und noch früher Byzanz. Dort hat Justinian regiert – und übrigens nahezu zeitgleich zum Corpus Iuris Civilis die Hagia Sophia erbauen lassen (532–537).

b) Systematik: „gesunde“ und „mangelhafte“ Gesetze

Allerdings – das haben Rückert und Reimer deutlich herausgearbeitet: Dies funktio- 12
niert bei Savigny nur, wenn es um die Auslegung „gesunder“ Gesetze geht. Schlechte Gesetze lassen sich nicht wirklich gut interpretieren. Wenn es schlechte Gesetze gibt – Savigny sagt: „mangelhafte Gesetze“[29] –, ist der Richter oder sonstige Rechtsanwender freier, und er orientiert sich dann an drei „Hülfsmitteln“:

- dem „inneren Zusammenhang der Gesetzgebung“
- dem „Zusammenhang des Gesetzes mit seinem“ – sehr wichtig! – „Grunde“ (!)[30]
- „dem inneren Werthe des aus der Auslegung hervorgehenden Inhalts“.[31]

> In den Worten der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML): am (1) Sinnzusammenhang (§ 5 Rn. 40–59) der Rechtswelt, am (2) Sinnzusammenhang der zu regelnden Umwelt (Recht, Politik, [Privat-]Wirtschaft) etc., (3) schließlich ganz schnöde: am Ergebnis. Und dies bei *jeder* Interpretation.

Ohnehin ist die zitierte „Stelle“ bei Savigny nur der Auftakt zu einer 120 Seiten umfas- 13
senden Abhandlung nicht nur über die Auslegung im dem engen Sinn, wie wir sie heute verstehen – mit dem Wortlaut als Grenze. Vielmehr ist Gegenstand auch das, was man heute Rechtsfortbildung nennt, also etwa das Ausfüllen von Lücken durch Analogie – auch dies nennt Savigny „Auslegung“![32] Beides wird zudem nicht „an sich“

---

26 Die katholische Kirche akzeptiert als *heilig* 46 Schriften des Alten Testaments und 27 Schriften des Neuen Testaments; siehe Katechismus der Katholischen Kirche von 1997, § 120 (https://www.vatican.va/archive/DEU0035/__PW.HTM <21.12.2023>).

27 Altgriechisch *krýptein* = verbergen, daher die „Krypta“ und „kryptische Reden“.

28 *von Savigny*, System (Fn. 22), § 40 mit Rückverweis auf § 17.

29 *von Savigny*, System (Fn. 22), §§ 35–37 (S. 222–240). Denkbar sind zwei Fälle solch mangelhafter Gesetze (S. 222): „I. Unbestimmter Ausdruck, der also auf gar keinen vollendeten Gedanken führt. II. Unrichtiger Ausdruck, indem der von ihm unmittelbar bezeichnete Gedanke von dem wirklichen Gedanken des Gesetzes verschieden ist.“

30 Siehe dazu auch unten § 19 Rn. 6.

31 *von Savigny*, System (Fn. 22), § 35 (S. 223 ff.).

32 *von Savigny*, System (Fn. 22), § 46 (S. 290–296).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erörtert, sondern bezogen auf Savignys Herzensprojekt: Er möchte ein von der Rechtswissenschaft seiner Zeit erzeugtes „Römisches Recht“ als *geltendes* Recht legitimieren.[33]

Daher ja auch der Titel des Gesamtwerks: „System des heutigen (!) römischen Rechts“.

c) Historie: im Hintergrund Logik und Rhetorik

14 Was den historischen Hintergrund von Savignys gesamter Methodenlehre angeht, so muss man zunächst wissen, dass Savigny schon als junger Mann Vorlesungen zur Methodenlehre gehalten hat – bekannt ist die Nachschrift eines seiner Studenten: Jacob Grimm, einer der „Brüder Grimm“.[34] Auch die Methodenlehre war Savigny offenbar eine Herzenssache.

Gut bekannt ist auch, dass Savigny einen gewissen philosophischen *background* hatte – man rechnet ihn dem deutschen Idealismus zu (vor allem Kant, weniger – aber das ist umstritten – Hegel).

In unseren Kategorien könnten wir zum Thema Idealismus sagen: Savigny hält fest an einer regulativen Idee von rechtlicher Richtigkeit (§ 30), die man *im Recht selbst* zu entdecken hat.[35]

15 Zudem war Savigny vielleicht auch von der zeitgenössischen Theologie beeinflusst, insbesondere von der sogenannten „Hermeneutik“ (= Interpretationslehre[36]) des – ebenfalls in Berlin lehrenden – Friedrich Schleiermacher (1768–1834).[37] Ohnehin war „Hermeneutik“ damals ein Modethema, das auch in der Jurisprudenz längst aufgegriffen worden war.[38]

Am Rande: Für die christliche Hermeneutik war seit Johannes Cassianus (ca. 360–435), also seit rund 1.500 Jahren, eine Lehre vom vierfachen (!) Schriftsinn der Bibel maßgeblich. Gemäß dieser Lehre sind zu unterscheiden:

- der wörtliche Sinn,
- der allegorische Sinn (übertragene Bedeutung in der religiösen Dogmatik),

---

33 Siehe z.B. die §§ 14 und 19 („Wissenschaftliches Recht“), §§ 38–41 (Auslegung der Justinianischen Gesetze), §§ 49 („Aussprüche des R. R. über die Auslegung“, „Praktischer Werth der Römischen Bestimmungen“).

34 Das Kolleg von 1802 ist überliefert in *Friedrich Carl von Savigny*, Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951 (Savigny selbst hatte es als „Juristische Methodologie“ bezeichnet); Savignys eigene Unterlagen finden sich jetzt in *Friedrich Carl von Savigny*, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, hrsg. von Aldo Mazzacane, Frankfurt a.M. 1993.

35 So auch *Rückert* (Fn. 18), Rn. 115–117, mit den weiteren Erläuterungen, es komme Savigny an auf „das Verständnis von Idee und Wirklichkeit“, und: „Savigny tritt emphatisch ein für etwas *Höheres im Recht*“ (Hervorhebung im Original). Die NJML sagt: *mit Pathos*.

36 Das Wort leitet sich ab vom griechischen Götterboten Hermes, selbst zudem Gott der Kaufleute, der Diebe und der Übersetzer.

37 Zur Einordnung Savignys in die philosophischen Zeitströmungen umfassend *Stephan Meder*, Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004.

38 *Karl Salomo Zachariä*, Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts, Meissen 1805. Zachariä unterscheidet bereits die grammatische und die logische Auslegung; *von Savigny* (Fn. 22) zitiert ihn S. 210.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– der moralische Sinn (Anleitung zum richtigen Handeln),
– der anagogische Sinn (im Hinblick auf die Heilsgeschichte, also das Himmelreich – oder auch die Hölle – am Ende aller Zeiten nach dem Jüngsten Gericht).

Im Katechismus der Katholischen Kirche findet sich diese Lehre bis heute.[39]

Auf jeden Fall sollte man sich aber bewusst machen: Savigny hatte sicherlich einen 16
background, den heutige Juristen nicht mehr haben, nämlich gute Kenntnisse in der klassischen Logik und vermutlich auch in der klassischen Rhetorik.

Die Logik – in etwa wohl in der Gestalt der Logik von Port-Royal aus dem Jahr 1662 (§ 1 Rn. 12–13) – gehörte in der damaligen Zeit zur akademischen Grundausbildung, zu Hegels Zeiten war sie Schulfach im Gymnasium.

Es gibt denn auch von Kant[40] ein eigenes Logik-Lehrbuch und von Hegel einschlägige Skripten[41].

Die Rhetorik schließlich gehörte an den Universitäten ganz offiziell zur Juristenausbildung dazu – als „Referier- und Dekretierkunst“ neben anderen Fächern der „practischen Jurisprudenz“ wie Staats- und Kanzleipraxis, Archiv- und Registraturwissenschaft (erst Savigny hat das abgeschafft).[42] Es ist daher nicht unwahrscheinlich, dass Savigny die Statuslehre der antiken Gerichtsrhetorik gekannt hat (§ 2 Rn. 8–18) – und sich vielleicht auch von ihr, insbesondere von den *statūs legales*,[43] zu der Zahl Vier hat inspirieren lassen.

Wie auch immer: Jedenfalls im Hinblick auf die **Logik** wird Savigny erheblich besser 17
informiert gewesen sein als die meisten heutigen Juristen. Allerdings war er noch nicht auf dem Stand der heutigen Logik und ihrer Ergänzung vor allem durch die Semiotik, den Peirce'schen Pragmatismus und die Theorie der Abduktion – kurz auf dem Stand der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML). Wir werden deshalb am Ende dieses § 15d kurz skizzieren, was *uns* Savigny „heute“ bedeuten könnte (III).

39 Katechismus der Katholischen Kirche von 1997, §§ 115–118 (https://www.vatican.va/archive/DEU0035/__PW.HTM <21.12.2023>); dort heißt es z.B. zur letzten Kategorie: „So ist die Kirche auf Erden Zeichen des himmlischen Jerusalem (Vgl. Offb 21,1–22,5.).“ Und zur zweiten: „So ist der Durchzug durch das Rote Meer ein Zeichen des Sieges Christi und damit der Taufe (Vgl. 1 Kor 10,2.).“

40 *Immanuel Kant*, Logik (1800), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VI, Frankfurt a.M. 1977, S. 417–585; dazu schon oben § 1 Rn. 14.

41 Gemeint ist also nicht das Hauptwerk „Die Wissenschaft der Logik“, gemeint sind vielmehr die Logik-Skripten aus Hegels Zeit am Nürnberger Egidien-Gymnasium, abgedruckt in: *Georg Wilhelm Friedrich* Hegel, in: Werke, Band 4: Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808–1817, Frankfurt a.M. 1970, S. 86 ff, 124 ff, 139 ff, 162 ff. Dort findet sich neben der Lehre von Begriff – Urteil – Schluss auch Abgehobeneres, z.B. zu Kants Antinomien der reinen Vernunft, zum Sein und Wesen und zum Bewusstsein. Gut kompatibel mit der *working logic* der NJML ist S. 149: „Der Schluss ist die vollständige Darstellung des Begriffs.“

42 *Jan Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1979.

43 Es waren diese vier: *scriptum et voluntas*; *leges contrariae*; *ambiguitas*; *collectio* oder *ratiocinatio*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Teleologie: Rechtsgewissheit und gute Arbeitsteilung von Gesetz und Interpret

18 Zuvor aber noch zum Telos von Savignys Auslegungs- und Methodenkonzeption in *seiner* Zeit! Es sind offenbar zwei „Ziele“, die er verfolgt:

Das erste Ziel ist eine möglichst hohe Rechtsgewissheit für alle, die dem Recht unterworfen sind: Was ein Gesetz „will“, sollte man methodisch sauber herausarbeiten. Hierfür gibt es die vier „Elemente“ der Auslegung und, bei mangelhaften Gesetzen, die drei „Hülfsmittel“ der Auslegung (die allerdings etwas unscharf bleiben).[44]

> Bei diesen „Hülfsmitteln“ empfiehlt Savigny eine „Stufenfolge“: „Das erste [innerer Zusammenhang der Gesetzgebung] ist unbedenklich überall anzuwenden; das zweite [„Grund“, d.h. Anlass des Gesetzes] macht schon größere Vorsicht nöthig; das dritte endlich [„innerer Werth des Resultats] kann nur in engsten Gränzen zugelassen werden.“ Denn: Allzu leicht könnte sonst „der Ausleger die Gränzen seines Geschäfts überschreiten und in das Gebiet des Gesetzgebers hinübergreifen“.[45]

19 Das zweite Ziel hängt mit dem ersten zusammen. Gesunden Gesetzen kann man schlicht gehorchen, man muss ihren Sinn lediglich erkennen (mit Hilfe der vier „Elemente“). Bei mangelhaften, also „unbestimmten“ oder „unrichtigen“ Gesetzen darf und muss man als Jurist ein wenig nachhelfen („Hülfsmittel“), aber mit wachsendem schlechten Gewissen. Deshalb ist das Ideal, das Savigny vorschwebt, letztlich eine gute Zusammenarbeit von Gesetzgeber und Gesetzesinterpretation: „Es besteht also eine Wechselwirkung zwischen trefflicher Gesetzgebung und trefflicher Auslegung, indem der Erfolg einer jeden durch die andere bedingt und gesichert ist.“[46]

> Deshalb sollte sich der Gesetzgeber nach Savignys Vorstellung im Privatrecht eher zurückhalten: Die Privat*rechts*ordnung ist in erster Linie die Ordnung der Privat*wirtschaft*. Dort entstehen die Regeln im Sinn einer spontanen Ordnung von selbst – Beispiel Wechselrecht –, und die Juristen gießen diese Ordnung dann nur noch in abstrakte Sätze.[47]

3. Auslegung und Rechtsanwendung als „Kunst“

20 Bei allem ist sich Savigny stets darüber im Klaren, dass die Grenzen zwischen Auslegung und „Rechtsfortbildung“[48], ja auch die Grenzen zwischen den vier „Elementen“ fließend sind. Wohl deshalb heißt es gleich zu Anfang, die Auslegung sei letztlich eine „Kunst“, die sich nicht vollständig auf Regeln bringen lässt[49] (es geht eben nicht immer „nach Schema F“).

---

44 So das Fazit von *Rückert* (Fn. 18), Rn. 159.

45 *von Savigny* (Fn. 22), S. 225.

46 *von Savigny* (Fn. 22), S. 216.

47 So die Interpretation von *Rückert* (Fn. 18), Rn. 167–179.

48 Savigny selbst unterscheidet gerade nicht zwischen Auslegung (mit den vier „Elementen“) und Rechtsfortbildung (mit den drei „Hülfsmitteln“), sondern nennt beides „Auslegung“ – und hält es doch nicht ganz durch: So heißt es am Ende, dass die „Gränze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft sehr zweifelhaft seyn kann“ (*von Savigny*, System [Fn. 22], S. 329 f.).

49 *von Savigny*, System (Fn. 22), S. 211.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Formulierung betreffend die „Kunst" dürfte eine Anspielung auf Kants Theorie der „Urteilskraft" sein: Irgendwann muss man *selbst* entscheiden, ob etwas der Fall ist oder nicht (Subsumtion!), und kann dies nicht einer (weiteren) Regel überlassen; Kant spricht in diesem Kontext auch von einer „verborgenen Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele"[50] (zur Urteilskraft schon § 6 Rn. 6, § 9 Rn. 4–10, ferner unten § 31 Rn. 34–43).

Nebenbei: Savigny hatte schon in jungen Jahren nichts Geringeres vor, als ein Kant der Jurisprudenz zu werden.[51]

Vielleicht hat Savigny sogar an die „Kunst" im altgriechischen Sinn von *téchnē* (oder lateinisch *ars*) gedacht – also an ein theoriegeleitetes „Handwerk" wie die Medizin, die Bildhauerei oder die Rhetorik (§ 2).

So betrachtet, sind Savignys vier Canones wohl am besten als eine ziemlich gelungene Heuristik zu bezeichnen: Sie greifen vier wichtige Gesichtspunkte heraus, die für das Verständnis eines autoritativen Rechtstextes teils mehr, teils weniger, aber stets „vereinigt" eine Rolle spielen.[52] 21

Deshalb muss man die Elemente auch nicht stets ausdrücklich erwähnen, das wirkt „unnütz und schwerfällig".[53] – Zum Begriff „Heuristik", auch *simple heuristics*, siehe § 35 Rn. 21–26, auch § 36 Rn. 25 mit Fn. 36. – Zur *heúrēsis* in der antiken Gerichtsrhetorik bereits § 2 Rn. 6.

III. Die heutigen Kanones im Licht der NJML

1. Die vier heutigen „Kanones": eine simple Heuristik

Dasselbe kann man nun auch über die **heutige** Gestalt der vier „Kanones" sagen: Sie sind eine **simple Heuristik**, die im ersten Zugriff ein einigermaßen strukturiertes Suchen und Finden (griechisch *heureín*) von **Gesichtspunkten** für das Verständnis von Regeln liefern. Spannend wird es freilich erst, wenn es mehrere Möglichkeiten des Verständnisses gibt und diese Möglichkeiten zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen; oder es gibt ein Unbehagen am zunächst ganz eindeutigen Verständnis der Regel (wollen wir das wirklich unter den Begriff „Heimtücke" subsumieren?). Wie man als Jurist aber dann, also bei derart mehreren Möglichkeiten, die gefundenen „Gesichtspunkte" methodisch sauber zu schlüssigen Argumenten verarbeitet, darüber sagt diese Lehre von den vier „Kanones" gar nichts. Und noch weniger sagt sie zu der Frage, wie man die Qualität der Argumente beurteilen soll. 22

50 *Immanuel Kant*, KrV B 180 f. (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 180 f.; „A" ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985. Genau genommen bezieht sich dies auf einen „Schematismus unseres Verstandes", den *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Freiburg i.Br. etc. 2017, Teil E, wohl als „Mustererkennung" bezeichnen würde.

51 *Erik Wolf*, Rechtsdenker (Fn. 20), S. 475 f.; in Berlin durchschneidet den Savigny-Platz denn auch die Kantstraße.

52 Voll auf den Punkt: *Martin Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: *Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner*, Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, 179-214.

53 *von Savigny*, System (Fn. 22), S. 215.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

23 Das **Anliegen der NJML** ist es daher, genauer zu erklären, was *nach* diesem ersten Einstieg geschieht. Schlagwortartig: Es ist alles eine Frage von Logik und Ästhetik.

Die **Logik** sorgt dafür, dass alle „Gesichtspunkte“, die für die Lösung eines Rechtsfalls von Bedeutung sind, in einem Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) – bestehend aus Regel, Fall und Resultat – ihren Platz finden.[54] Insofern werden wir sogleich sehen, dass keineswegs immer schon eine *Regel* vorhanden ist (in Savignys Worten: ein Gesetz), die man „nur noch“ richtig verstehen („Hermeneutik“) müsste (das war Thema unserer §§ 15 bis 15d). Sondern Regeln müssen oft genug korrigiert und angepasst, aufeinander abgestimmt, systematisiert, ja erfunden werden (dazu §§ 16–20). Hinzu kommt, dass der *Fall* – als sozusagen Schnittstelle von Rechtswelt und zu regelnder Umwelt – rational aufbereitet werden muss (Kapitel 4). Schließlich kann – auch das ist durch und durch logisch – der VJS vom *Ergebnis* her derart umgekrempelt werden, dass man entweder einen klaren „Fall von X“ doch nicht unter die Regel subsumiert oder für ihn die Regeln nachträglich[55] ändert (Kapitel 5).

Ein Beispiel für beides ist die Entscheidung des BVerfG im NPD-Verbotsverfahren: Zunächst kommt die Subsumtion zu dem Ergebnis, dass die NPD ganz entgegen den bisherigen Kriterien doch nicht „darauf aus*geht*“ (Art. 21 Abs. 2 GG), die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik zu beseitigen. Sodann wird angedeutet, dass der Gesetzgeber Parteien, die auf eben diese Beseitigung „aus*gerichtet* sind“ (neu erfundener Begriff), von der staatlichen Parteienfinanzierung ausschließen könne.[56]

24 Was schließlich die Qualität des konstruierten VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismus) angeht, so gibt es dafür kein besseres Kriterium als **Ästhetik**, genauer: eine *juristische Ästhetik* (dazu der Vierte Teil). Ihr entscheidender Vorteil besteht darin, dass sie es – anders als etwa die Ästhetik der Kunst – immer mit zwei *konkurrierenden* VJS zu tun hat, von denen nur einer „richtig“ sein kann. Entscheidend ist daher letztlich (nur), in welchem der beiden Syllogismen die drei Bestandteile – Regel, Fall, Ergebnis – *besser* zusammenstimmen.[57] Es geht, kurz gesagt, nicht um absolute, sondern nur um relative „Richtigkeit“.

Insofern wird die NJML einen ersten Kanon von Kriterien juristischer **Gelungenheit** herausarbeiten (§§ 33–34).

2. Der größere Rahmen: Fünf Erweiterungen des framings

25 Ein letztes Wort zu den heutigen Kanones: Vielleicht kann man sie im Licht der NJML mit etwas mehr „Grundlagen“ wie folgt interpretieren:

(1) Der *Wortlaut* eines autoritativen Textes (§ 14 II) repräsentiert immer schon etwas Objektives oder jedenfalls Intersubjektives (Savigny nennt es „Denken“, Frege den

54 Und wenn man sie dort nicht einbauen kann, sind sie eben nicht relevant.

55 Eigentlich ist dies eine der größten Ungerechtigkeiten überhaupt: nachträgliche Änderung der Regeln, nach denen bisher gespielt wurde.

56 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren II (2017), Rn. 896 ff., 527 am Ende (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite); mehr dazu § 29 Rn. 26–35.

57 Salopp formuliert: Was sträubt sich mehr – das Sprachgefühl oder das Gerechtigkeitsgefühl?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Gedanken“[58]): Würden wir die Bedeutung eines Wortes (Satzes, Zeichens) nicht immer schon mit anderen „teilen“ – wie könnten wir uns überhaupt verständigen?

Damit hat sich das Problem der „subjektiven“ oder „objektiven“ Auslegung erledigt. Es lautet: Kommt es auf den (subjektiven) Willen des historischen Gesetzgebers an oder auf den (objektiven) Willen, den das Gesetz hier und jetzt vernünftigerweise haben müsste? Antwort: Es kommt darauf an, was uns *heute* mehr Bauchschmerzen macht – sturer Gehorsam oder allzu kühner Ungehorsam.

(2) Jeder autoritative Rechtstext bezieht sich *immer schon* auf mindestens zwei Sinnzusammenhänge: auf den Sinnzusammenhang des Rechts, also auf dessen Dogmatik als Ganzes (man kann es auch als „Rechtswelt“ bezeichnen); und auf den Sinnzusammenhang der sozialen „Umwelt“, die der Gegenstand der Regel ist, die der Text formuliert. Beides gehört *immer schon* zusammen.

Man könnte geradezu von der Janusköpfigkeit[59] der Rechtstexte sprechen.

(3) Alle vier Kanones müssen daher *immer schon* mindestens zwei Sinnzusammenhänge ins Kalkül ziehen: den rechtlichen und den „außerrechtlichen“ Kontext. Juristen unterscheiden denn auch beim „Wortlaut“, wenn es angezeigt ist, ganz intuitiv den Sprachgebrauch in der – z.B. – Alltagssprache vom spezifisch rechtlichen und juristischen Sprachgebrauch.

(4) Auch die drei übrigen Kanones – Historie, Systematik, Teleologie – müssen *immer schon* (und so gut es geht) diese mindestens zwei Sinnzusammenhänge analysieren und offenlegen.

Es ist also nicht etwa so, dass sich die systematische Interpretation ausschließlich auf die „Rechtswelt“ bezöge und erst über die Teleologie „Außerrechtliches“ in die Argumentation einflösse.

(5) Insbesondere werden wir sehen, dass auch die „systematische Auslegung“ gar nicht zu verstehen ist, wenn man sich nicht klar macht, wie Systembildung im Recht *überhaupt* funktioniert: nämlich letztlich von den (Rechts- *und* Real-) Folgen her.

Dabei wird ein anderes Werk Savignys das erste Beispiel sein (§ 19 I).

Kurz und nochmals: Die „Kanones“ der Auslegung sind ein schöner Einstieg, sie sind eine grobe und simple, deshalb auch hilfreiche **Heuristik**. Die eigentliche Arbeit fängt mit ihnen aber erst an. 26

58 *Gottlob Frege*, Der Gedanke. Eine logische Untersuchung (1918), in: Ausgewählte Schriften zur Philosophie der Logik und der Sprache, hrsg. von Dolf Rami, Göttingen 2021, S. 198–217.

59 Auch *Hans-Joachim Strauch* (Fn. 50), S. 337–340, beobachtet eine „Janusköpfigkeit der Rechtssprache“. Janus ist der römische Gott des Aus- und Eingangs, daher der Januar; Janus hat statt des Hinterkopfes ein zweites Gesicht.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 16 Regeln (Rechtssätze) modifizieren (korrigieren, anpassen)

1 Ursprünglich sollte dieser Paragraph nur die Überschrift „Regeln korrigieren" tragen, allerdings hätte dies nicht ganz gepasst: Es geht in ihm nicht um die berühmten „Redaktionsversehen" des Gesetzgebers (oder sonstigen Regelsetzers[1]).[2] Vielmehr geht es um Fälle, in denen eine Regel als solche – genauer: der autoritative Rechtssatz[3], der sie repräsentiert – weiterhin unverändert Bestand hat. Nur stellt sich heraus: Auf manche Fälle, die er seinem Wortlaut nach regelt, „passt" er nicht wirklich. Oder aber er „passt" recht gut auf Fälle, die er seinem Wortlaut nach gerade nicht erfasst. Dann kann man darüber nachdenken, die Regel für diese Fälle „anzupassen" – oder aber auch nicht.

2 Am besten dürfte es daher sein, diesen Paragraphen mit „Regeln modifizieren" zu überschreiben. Dies Modifizieren[4] umfasst zunächst das „Anpassen" von Regeln, indem man sie erweitert, insbesondere durch Fiktionen und im Weg der Analogie (I–III). Recht kurz können wir sodann die gewöhnlichste „Korrektur" von Regeln behandeln: ihre Einschränkung mit Hilfe von Ausnahmen unterschiedlicher Gestalt (IV). Schließlich gibt es auch Fälle, in denen sich eine Regel gegen die Versuchung einer Anpassung behauptet – man kann dies als „Kontrakorrektur" oder Kontra-Anpassung bezeichnen (V).

> Die herkömmlichen Methodenlehren würden übrigens sagen: In den §§ 15 bis 15d haben wir uns mit „Auslegung" beschäftigt, in den §§ 16 ff. geht es jetzt – weil jenseits der Wortlautgrenze – um „Rechtsfortbildung". Hingegen war für den klassischen Savigny auch das, was jetzt folgt, immer noch „Auslegung" – denn Grenze war für ihn nicht der Wortlaut, sondern der „Gedanke" des Gesetzgebers.[5] Aber um Worte müssen wir nicht streiten.

Sehr schön jetzt ein Bonmot der Rechtsprechung: „Eine Rechtsfortbildung – auch durch *contra-legem*-Auslegung – ist vom Bundesverfassungsgericht zwar anerkannt (…). Sie überschreitet aber jedenfalls [dann] die verfassungsrechtlichen Grenzen einer erlaubten richterlichen Rechtsfortbildung, wenn es nicht mehr darum geht festzustellen, was der Gesetzgeber sagen wollte, sondern was er hätte sagen sollen (…)".[6]

---

1 Man denke an den Fall „Haakjöringsköd", oben § 15c Rn. 2.

2 *Magnus Riedel*, Die Rechtsfigur des Redaktionsversehens des Gesetzgebers, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 119 (1994), 642–657; *Hanjo Hamann*, Redaktionsversehen: Ein Beitrag zur Legislativfehlerlehre und zur Rechtsförmlichkeit, in: AöR 139 (2014), 446–475; siehe auch schon *O. Lindemann*, Berichtigung der in verkündeten Gesetzen enthaltenen Redaktionsversehen, in: AöR 14 (1899), 145–175.

3 Zum Begriff „autoritativer Text" siehe § 14 II, zum Begriff „Rechtssatz" § 14 Rn. 2–4.

4 Nebenbei: „Modification" findet sich am Rande auch bei *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, S. 239, 321.

5 *von Savigny*, System (Fn. 4), S. 235, 238, 321 f.

6 Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 16.12.2024 – St 5/23 – Ausbilungsunterstützungsfonds, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland (NordÖR) 2025, 65-73, Rn. 207 (zitiert nach juris), Sondervotum von *Sabine Schlacke*/*Stephan Haberland*/*Dieter Riemer*. Bezug genommen wird auf BVerfGE 34, 269 (287 f.) – Soraya (1973, mehr dazu unten § 27 I) – und BVerfGE 69, 315 (372) – Brokdorf (1985).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Regeln erweitern I: Erweiterung von Rechtsbegriffen

Für die Erweiterung von Regeln (Rechtssätzen) über ihre ursprüngliche Bedeutung hinaus gibt es einige allgemein anerkannte Handwerkszeuge. Wir können uns daher kurz fassen und sogleich mit der Erweiterung von Rechts*begriffen* beginnen.[7] 3

Zur Ausdehnung von Rechts*sätzen* in ihrer Ganzheit sodann unter II (Analogie) und III („Erst-recht-Schlüsse").

Methodisch lassen sich bei der Erweiterung von Rechts*begriffen* nun zwei Konstellationen unterscheiden.

1. Fiktionen

Die erste Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass die Erweiterung des Begriffs nur von demjenigen Rechtsetzer realisiert werden kann, der den ursprünglichen autoritativen Text in die Welt gesetzt hat. Nur er kann fingieren, dass ein Begriff auch für Fälle „gilt", auf die er „eigentlich" nicht zutrifft. (Es ist also eine Frage der Kompetenz.) 4

Die wohl bekannteste Fiktion findet sich im Erbrecht. Erbberechtigt können grundsätzlich nur lebende Personen sein (vgl. § 1923 Abs. 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch). Ausgenommen hiervon ist der sogenannte *nasciturus* (oder auch die *nascitura*), also ein noch ungeborenes Kind, das erbberechtig wäre, wenn es bereits lebte. Für dieses Kind gilt als Ausnahmeregelung:

§ 1923 Abs. 2 BGB Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren.

Stirbt also der Vater vor Geburt des Kindes, ist das Kind ganz ebenso Erbe wie seine schon vorhandenen Geschwister.

Zu einem weiteren (Schul-) Beispiel siehe unten § 27 Rn. 38–40 (Bademeister).

2. Extensive Interpretation contra legem (entgegen dem Gesetz)

Schwieriger ist die Frage, ob eine andere Instanz als der ursprüngliche Normsetzer einen Rechtsbegriff über seinen Wortlaut hinaus ausdehnen darf. Die Antwort lautet im Grundsatz: Nein. Dies gilt zuvörderst für die Gerichte: Sie sind primär „nur dem Gesetz unterworfen" (Art. 97 Abs. 1 GG – Grundgesetz). Allerdings sind sie sekundär auch „an Gesetz *und Recht* gebunden" (Art. 20 Abs. 3 GG, Hervorhebung J.L.). Aus dieser Wendung „und Recht" wird gefolgert, dass die Gerichte das Gesetz auch einmal gegen seinen Wortlaut – auf Latein: *contra legem*[8] – korrigieren dürfen, wenn die Gerechtigkeit es erfordert. Allerdings muss sich dies auf ganz klare Fälle („dicke Hunde"[9]) beschränken. 5

7 Man erinnere sich an die klassische Einteilung der Logik in „Begriff – Aussage – Schlussfolgerung" (§ 5).

8 Wörtlich: gegen das Gesetz. Klassiker: *Jörg Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, München 1992; 2. Aufl. 2005 (mit einem temperamentvollen Nachwort).

9 So die Bezeichnung in der NJML; zur Dicker-Hund-Theorie auch § 17 Rn. 18, § 18 Rn. 34–38, § 27 Rn. 19, § 28 Rn. 11, § 33 Rn. 28, § 34 IIb Rn. 54 sowie *Joachim Lege*, Abkehr von der „sog. Abwägungsfeh-

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wir werden das bekannteste Beispiel hierzu – den Fall „Herrenreiter“[10] – weiter unter erörtern (§ 27 I),[11] Stichwort: Schmerzensgeld auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, grob gesagt: der Ehre. Und dies, obwohl das Gesetz einen solchen Anspruch auf Schmerzensgeld („Ersatz des immateriellen Schadens“) eigentlich ausdrücklich ausschloss.

6 Das grundsätzliche Verbot der Interpretation *contra legem* gilt aber auch im Verhältnis des einfachen Gesetzgebers zur Verfassung als dem höherrangigen Recht. Insofern war und ist umstritten, ob die Öffnung der bürgerlichen Ehe „für alle“ (§ 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. – neue Fassung) durch den einfachen Gesetzgeber ohne Änderung der Verfassung (Art. 6 Abs. 1 GG) zulässig war – wir haben den Fall schon erwähnt.

Nach wohl herrschender Meinung (h.M.) gibt es seither einen doppelten Ehebegriff[12]: (1) den einfachrechtlichen, er behandelt[13] gleichgeschlechtliche Ehen ganz ebenso wie Ehen zwischen „Mann und Frau“; (2) den verfassungsrechtlichen Ehebegriff, er stellt nur die Ehe von Mann und Frau unter den „besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“ (Art. 6 Abs. 1 GG).

7 Dass schließlich auch die Exekutive ein Gesetz nicht *contra legem* erweitern darf, sei der Vollständigkeit halber als Selbstverständlichkeit hinzugefügt.

II. Regeln erweitern II: Ausdehnung von Rechtssätzen (Analogie)

8 Das bekannteste methodische „Werkzeug“ im Bereich der sogenannten Rechtsfortbildung ist die analoge (entsprechende) Anwendung einer Regel auf einen Fall, für den sie nicht gemacht war. Die Analogie setzt daher auf der Ebene der *Rechtsaussage* an, gängiger formuliert: auf der Ebene des Rechtssatzes, bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolge.

Zur Analogie gibt es – mit nur wenig Übertreibung – ganze Bibliotheken.[14] Wir können uns daher auf das Nötigste beschränken.

---

lerlehre“? Aufräumarbeit und stille Verschiebungen im Bauplanungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374 (362, *364*, 365, 372, 373, 374).

10 BGHZ 26, 349 – Herrenreiter (1958) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite).

11 Wir werden dort freilich sehen, dass man den Fall methodologisch auch anders „einordnen“ kann: als offene Korrektur des *Ergebnisses* eines Juristischen Syllogismus.

12 *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II: Grundrechte, München 2018, § 14 Rn. 6–10; *Heinrich Lang/Heinrich Wilms*, Staatsrecht II: Grundrechte, 2. Aufl., Stuttgart 2020, Rn. 786–294 (794).

13 Ja, „behandelt“! Begriffe sind der Inbegriff ihrer praktischen Konsequenzen (§ 5 I Rn. 14–21)! Sie *behandeln* Sachverhalte daher durchaus!

14 Klassiker: *Arthur Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus (1965), 2. Aufl., Heidelberg etc. 1982, mit aufschlussreichem Schema S. 59; vielschichtiger Rundumschlag: *Katja Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, Berlin 2006 (469 Seiten); aus der Ausbildungsliteratur: *Markus Würdinger/Felix Bergmeister*, Analogie und Umkehrschluss, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2007, S. 15–24 mit vielen Beispielen aus dem Zivilrecht (allerdings fast nur zur Analogie). – Siehe auch *Arthur Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung - eine rationale Analyse. Deduktion, Induktion Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht, München 1999. – Irgendwie dann doch sehr anderes: *Douglas Hofstadter/Emmanuel Sander*, Die Analogie – das Herz des Denkens, 3. Aufl., Stuttgart 2018; treffender der englische Originaltitel: Surfaces [!] and Essences – Analogy as the Fuel and Fire of Thinking (2013).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Erscheinungsformen

Üblicherweise unterscheidet man bei der Analogie die entsprechende Anwendung eines einzelnen Gesetzes von der entsprechenden Anwendung eines ganzen Bündels von Rechtssätzen. 9

a) Einzelanalogie (Gesetzesanalogie)

Ein Beispiel für **Einzelanalogie** (ich ziehe diesen Terminus der Bezeichnung „Gesetzesanalogie" vor) ist die Erweiterung des § 442 Abs. 1 BGB über seinen Wortlaut hinaus (Hervorhebung J.L.): 10

> **§ 442 Abs. 1 BGB** Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel *arglistig verschwiegen* (…) hat.

Wie liegt es dann aber, wenn der Verkäufer zwar nicht einen Mangel verschwiegen, wohl aber arglistig eine bestimmte Eigenschaft *vorgespiegelt* hat? Er hat zum Beispiel den Tachometerstand eines Kraftfahrzeugs manipuliert. Es liegt auf der Hand, dass dieser Fall in Sachen Arglist um einiges krasser liegt und daher ganz ebenso zu behandeln ist wie das Verschweigen.[15] Der Käufer behält also, selbst wenn er die Täuschung hätte erkennen können (grobe Fahrlässigkeit) seinen Anspruch auf, zum Beispiel, Rücktritt vom Vertrag (§ 437 Nr. 2 BGB).

Das Beispiel ist zugleich ein Beispiel dafür, dass auch die Grenzen der *methodologischen* Kategorien fließend sind. In den gängigen Kommentaren wird dieser Fall meist gar nicht mehr als Analogie ausgeflaggt, vielmehr stellt man „arglistiges Vorspiegeln einer positiven Eigenschaft" bedenkenlos dem Begriff „arglistiges Verschweigen" gleich.[16] Auf der anderen Seite wird bestritten, dass es sich um eine Analogie handele, weil kein „Mangel" vorliege.[17] Schließlich könnte man den Fall auch als Beispiel für das *argumentum a minore ad maius* (vom Kleineren zum Größeren, s.u. Rn. 43) verwenden: Wenn schon arglistiges Verschweigen die Rechte des Käufers aufrecht erhält, dann erst recht ein arglistiges Vorspiegeln. 11

b) Gesamtanalogie (Rechtsanalogie): „pVV" und „cic"

Das berühmteste Beispiel für eine **Gesamtanalogie** (ich ziehe diesen Terminus der Bezeichnung „Rechtsanalogie" vor) ist die „Erfindung" der sogenannten *positiven Vertragsverletzung* (pVV) und der sogenannten *culpa in contrahendo* (Verschulden bei Vertragsschluss, cic) im Zivilrecht. In aller Kürze: 12

---

15 So schon RGZ 66, 335 (338) – Vorgespiegelte Mieteinnahmen beim Verkauf eines Hauses (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite); Rechtsfolge dort allerdings Schadensersatz wegen Nichterfüllung (damals § 463 BGB).

16 *Michael Stöber*, in: BeckOGK (beck-online.GROSSKOMMENTAR) BGB, Stand 01.08.2022, § 442 Rn. 50 („steht … gleich").

17 *Florian Faust*, in: Hau/Poseck, BeckOK (beck-online-Kommentar) BGB, 65. Edition, Stand 01.11.2023, § 442 Rn. 28 mit Verweis auf § 438 Rn. 39: außerdem liege im Vorspiegeln „zugleich schon" ein Verschweigen, so dass es der Analogie nicht bedürfe.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Positive Vertragsverletzung (pVV)

13 Das BGB enthielt in seiner ursprünglichen Fassung (die insoweit allerdings bis zur Schuldrechtsreform von 2002 „durchgehalten" hat!), und zwar in seinem *Allgemeinen Teil* des Schuldrechts, nur zwei Regelungen für die sogenannten Leistungsstörungen: erstens Regeln für die Unmöglichkeit der Leistung (das verkaufte Auto wird, bevor es an den Käufer übereignet werden kann, von Vandalen zerstört), zweitens Regeln für den Verzug (das Auto wird später als vereinbart geliefert). In beiden Konstellationen geht es um Schadensersatz. Hinzu kamen und kommen im *Besonderen Teil* des Schuldrechts Regelungen für bestimmte Vertragstypen, etwa für Kaufverträge, Werkverträge (Beispiel: Reparatur eines Autos), Dienstverträge (insbesondere Arbeitsvertrag), Mietverträge, Darlehensverträge.

14 Allerdings blieben dann durchaus Fälle übrig, und zwar gar nicht selten, die durch diese beiden Raster gleichsam hindurchfielen.

> **Fall 1**: Der Verkäufer liefert eine Sache, durch die ein Folgeschaden entsteht, z.B. verdorbenes Fischmehl für die Schweinemast, so dass die Schweine sterben. Hier nützt es dem Käufer nichts (oder zu wenig), wenn er lediglich die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann[18] oder gar die Nachlieferung mangelfreien Fischmehls[19].

Angesichts derartiger Fälle hat man – genauer: hat Hermann Staub (1856–1904) schon zwei Jahre (!) nach Inkrafttreten des BGB – aus den Rechtssätzen, die bei Verzug oder Unmöglichkeit Schadensersatz gewähren,

- erstens einen gemeinsamen „Oberrechtssatz" herausdestilliert, nämlich: „dass die Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung einer bestehenden [vertraglichen] Verbindlichkeit in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht",
- zweitens unter diesen „Oberrechtssatz" dann Fälle wie diesen subsumiert (hier sogenannter Mangelfolgeschaden)

und das Ganze „*positive Vertragsverletzung*" genannt.[20]

15 Methodisch liegt auf der Hand, dass dies eine dreistufige Operation der **Logik** war: Zunächst wurde per *Induktion* (Schluss von Besonderen auf das Allgemeine) ein allgemeiner Rechtssatz geschaffen. Dieser **Regel** wurde dann per *Deduktion* (Schluss vom Allgemeinen über das Besondere auf das Konkrete) der **Fall** zugeordnet, um das gewünschte **Resultat** zu erhalten.[21] Und auf die Idee dazu muss Staub offenbar per *Abduktion* (Zusammenschluss *mehrerer Schlüsse*) gekommen sein. – Siehe zu allem § 6 (mit vielen „Dreiklängen" aus „Regel – Fall – Resultat").

---

18 Paragraphenkette: § 437 Ziff. 2 i.V.m. (in Verbindung mit) §§ 440, 323, 326 Abs. 5 und – entscheidend! – § 346 Abs. 1 BGB.

19 § 439 Abs. 1 BGB.

20 *Hermann Staub*, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, S. 29–56 (32, 38 mit dem Beispiel wurmstichiger Äpfel); als Faksimile abgedruckt in *Thomas Henne/Rainer Schröder/Jan Thiessen*, Anwalt – Kommentator – ‚Entdecker': Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag am 21. März 2006, Berlin 2006, S. 131–160. Staub hat die Analogie hinsichtlich der Rechtsfolgen sogar noch erweitert: Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (S. 44 ff.), etwa bei einem Bierlieferungsvertrag.

21 *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 33), Rn. 598–606, beschreibt dieses Verfahren erst bei der „Bildung und Anwendung eines Rechtsgrundsatzes", nicht schon bei der Analogie.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Verschulden bei Vertragsanbahnung (culpa in contrahendo)

Methodisch etwas komplizierter liegen die Dinge bei der nun folgenden *culpa in contrahendo*. Hierzu der kurze 16

Fall 2: Der Käufer rutscht im Supermarkt auf einem Salatblatt aus und verletzt sich beim Sturz erheblich.[22] Kann er Schadensersatz verlangen?

Geht man von einem (*gesetzlichen*) Anspruch aus unerlaubter Handlung aus (§ 823 BGB), dann kann sich der anvisierte Verkäufer, also der Betreiber des Supermarktes, in aller Regel „exkulpieren": Gemäß § 831 BGB haftet er für die Nachlässigkeit seines Personals nur dann, wenn er es nicht sorgfältig genug ausgewählt oder überwacht hat.[23] Ginge man hingegen von einem *vertraglichen* Anspruch aus, dann haftet der Verkäufer für ein Verschulden seines Personals „wie [für] eigenes Verschulden" (§ 278 Abs. 1 BGB). Im Ergebnis haftet er deshalb schon dann, wenn das Personal (leicht) fahrlässig gehandelt hat, und „fahrlässig" heißt: wenn es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat (§ 276 Abs. 1 und Abs. 2 BGB[24]). Dies wäre hier zu bejahen (man lässt Salatblätter nicht unbeaufsichtigt herumliegen). Nur: Es ist ja noch kein Vertrag geschlossen, der Kunde ist vorher ausgerutscht. Also scheidet ein vertraglicher Anspruch aus, ganz ebenso wie – in aller Regel – der gesetzliche Anspruch aus § 823 BGB (wegen der Exkulpation).

Zur Konkurrenz gesetzlicher und vertraglicher Ansprüche auch unten § 18 Rn. 10–11.

Ein solches Ergebnis hat man schon im 19. Jahrhundert für „unbillig" gehalten[25] (in Nichtjuristenkreisen muss man heute wohl sagen: für „ungerecht"). Das BGB von 1900 hat den Fall trotzdem nicht geregelt, Rechtsprechung und Lehre haben diese „Lücke" dann aber gefüllt, indem man die Regeln über das Vertragsrecht – hier also den § 278 BGB – auf Akte, die einen Vertrag („Kontrakt") erst vorbereiten, analog angewendet hat. Und das Ganze wurde dann, wie schon gesagt, *culpa in contrahendo*[26] genannt.[27] 17

22 Im Originalfall des Reichsgerichts wurden eine kauflustige Frau und ihr Kind in einem Warenhaus von zwei Linoleumrollen verletzt: RGZ 78, 239 – Linoleumrolle (1911); der Terminus „culpa in contrahendo" fällt übrigens nicht. In der Leitentscheidung des BGH ging es dann in der Tat um ein Gemüseblatt im Kassenbereich: BGHZ 66, 51 – Gemüseblatt (1976).

23 Wortlaut des § 831 Abs. 1 BGB: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde."

24 Wortlaut des § 276 BGB: „(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (…) (2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt."

25 Klassiker: *Rudolf von Jhering* (gesprochen „Jeering"), *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: JherJb 4 (1861), 1–112 (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, hrsg. von Carl Friedrich von Gerber und Rudolf Jhering, später und in Kurzform zitiert als „Jherings Jahrbücher", Band [Jahr], Seiten); gemeinsam mit der Schrift von *Hermann Staub* zu den positiven Vertragsverletzungen (Fußn. 20) zugänglich in einer von Eike Schmidt herausgegebenen Ausgabe: Bad Homburg v.d.H. etc. 1969.

26 Für Freunde des Latein: *contrahendo* ist das sogenannte Gerundiv zu *contrahere*. Wörtliche Übersetzung daher: Schuld beim „zu schließenden Vertrag".

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

18 Methodologisch betrachtet, hat man auch hier per Induktion eine „Oberregel" gebildet: „Bei Verträgen und vertragsähnlichen Beziehungen haften die Beteiligten für ein Verschulden ihrer ‚Erfüllungsgehilfen' (das ist der Terminus technicus) wie für eigenes Verschulden."[28] Unter diese **Regel** wird sodann der **Fall** der Vertragsanbahnung subsumiert, und es folgt das gewünschte **Resultat**: A erhält seinen Schadensersatz.

19 Das methodologische Problem daran ist freilich, leicht polemisch formuliert: Wer sagt denn, dass hier eine „Lücke" besteht?[29] Eine Lücke, für die man ja auch einen wirklich passenden Oberbegriff noch nicht gefunden hat – „Verträge und vertragsähnliche Beziehungen" sind eine Summe, kein Begriff (siehe aber sogleich Rn. 35 am Ende). Kurz: Es gibt keine Lücke, denn der Fall *ist* geregelt, und zwar in § 831 BGB!

Nebenbei: Schon im Römischen Recht hat man Ansprüche „aus Vertrag" und „aus Quasi-Vertrag" unterschieden, des Weiteren Ansprüche „aus Delikt" (also unerlaubter Handlung) und „aus Quasi-Delikt".[30]

20 Und noch ein Nebenbei: Die Fälle von pVV und cic sind mittlerweile im BGB – seit der Schuldrechtsreform 2002 – ausdrücklich geregelt: § 280 Abs. 1 BGB regelt ganz allgemein die Verletzung von „Pflichten aus dem Schuldverhältnis", darunter fällt die ehemalige pVV. Gemäß § 311 Abs. 1 BGB wird ein (freiwilliges[31]) Schuldverhältnis grundsätzlich durch Vertrag begründet (Abs. 1). Gemäß § 311 Abs. 2 BGB „entsteht [es jedoch] auch" durch Vertragsanbahnungen und „ähnliche geschäftliche Kontakte".

Nichtsdestoweniger veranschaulichen die beiden Klassiker „pVV" und „cic", auch wenn sie nur noch Geschichte sind, recht deutlich das Problem und die Funktionsweise der Analogie.

c) Tatbestands- und Rechtsfolgenanalogie

21 Zu erwähnen bleibt: Analogien können sowohl auf der Seite des Tatbestands als auch auf der Seite der Rechtsfolge gebildet werden. Ein Beispiel für letzteres: Bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – etwa durch Nennung des Namens einer berühmte Sängerin in einer Werbeanzeige – wird ein Anspruch auf Unterlassung weiterer derartiger Verletzungen in Analogie zu den §§ 862 Abs. 3, 1004 Abs. 1 Satz 2

27 Umfassend zur Geschichte: *Jörg Benedict*, Culpa in contrahendo. Transformationen des Zivilrechts. Band I: Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung, Tübingen 2018 (813 Seiten).

28 „Verschulden" ist der Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit.

29 Kritisch zur *culpa in contrahendo* daher etwa *Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 16.

30 Institutionen 3.13.2. – Die Institutionen sind der erste Teil des Corpus Iuris Civilis, das ist die klassische Rechtssammlung des römischen Rechts, veröffentlicht 532 vom oströmische Kaiser Justinian und an Wichtigkeit für ganz Europa kaum zu überschätzen. Leicht zugänglicher Text: *Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohsse/Thomas Rüfner* (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis – Die Institutionen, 4. Aufl., Heidelberg etc. 2013. – Siehe auch unten § 19 Rn. 11.

31 Das Gesetz nennt es „durch Rechtsgeschäft". Die Unterscheidung von „freiwilligen" (also vertraglichen) und „unfreiwilligen" (also gesetzlichen) Schuldverhältnisse findet man schon bei Aristoteles (§ 11 Rn. 37, 39).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

BGB bejaht (die sich eigentlich nur auf Beeinträchtigungen von Besitz oder Eigentum beziehen).[32]

2. Voraussetzungen der Analogie: die herrschende Meinung (h.M.)

Nun muss man allerdings konstatieren, dass in den herkömmlichen Methodenlehren die Funktionsweise der Analogie eher nebelhaft dargestellt wird – und die Praxis hält sich wohl aus Gewohnheit kritiklos daran. Im Klartext: Nach ganz herrschender Meinung[33] ist Voraussetzung dafür, dass eine Norm analog angewendet werden darf, 22

- das Bestehen einer (planwidrigen) Lücke im „Gesetz", genauer: im **autoritativen Text** (§ 14 Rn. 22) – sogenannte „Regelungslücke",
- eine gleich zu bewertende Interessenlage.

Dies ist, wenn man genauer hinschaut, durchaus fragwürdig.

a) Die „planwidrige Lücke"

Wir haben gerade schon im Kontext der *culpa in contrahendo* gesehen: Es kann durchaus fraglich sein, ob wirklich eine Lücke vorliegt. Insofern liegen die Dinge einfach, wenn das Gesetz eine *abschließende Regelung* treffen wollte. Dann gibt es keine Lücke, und eine Analogie ist unzulässig (Analogieverbot). 23

Insofern muss man das gesamte Strafrecht als eine abschließende Regelung verstehen (siehe Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB – Strafgesetzbuch): Strafe droht nur, wenn ein Straftatbestand verwirklich wurde. Allerdings muss man dann beachten: Es gibt neben dem sogenannten „Kernstrafrecht" im Besondern Teil des Strafgesetzbuchs auch ein sehr umfangreiches „Nebenstrafrecht". Dies sind Strafvorschriften, die sich vor allem in Gesetzen des Steuer- und Verwaltungsrechts finden und dort die Verletzung gesetzlicher Pflichten sanktionieren. So wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft, wer eine gentechnische Anlage ohne Genehmigung betreibt (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 GenTG – Gentechnikgesetz); ebenfalls drei Jahre drohen für Bilanzfälschung (§ 331 HGB – Handelsgesetzbuch).

> Aussage eines Steuerrechtlers: Mit nichts kommt man in Deutschland so schnell ins Gefängnis wie mit einem Verstoß gegen das Umsatzsteuergesetz.[34]

Relativ einfach liegen die Dinge auch, wenn sich, logisch betrachtet, ein einfacher Oberbegriff[35] bilden lässt. Verzug und Unmöglichkeit fallen unter den Begriff Leis- 24

32 BGHZ 30, 7 – Caterina Valente (1959); erwähnt wird zudem der – etwas passendere – § 12 Satz 2 BGB (Verletzung des Namensrechts durch Bestreiten des Rechts, ihn zu führen, oder durch unbefugtes Führen des gleichen Namens). – Der Fall war übrigens recht skurril: In dieser Werbeanzeige für eine Zahnprothesen-Haftcreme behauptete eine erfundene Sängerin, sie wäre ebenso berühmt geworden wie Caterina Valente, wenn ihr nicht bei einem Konzert das Gebiss herausgefallen wäre (zitiert nach juris).

33 Besonders klar *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 562, 568–585.

34 *Olaf Hohmann*, in seiner Greifswalder Antrittsvorlesung.

35 Er findet sich heute, wie schon im Text bemerkt, in § 280 BGB: „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen." Kurz: *Pflichtverletzung*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungsstörung, darunter fallen zwanglos aber auch andere Unterbegriffe: Vorliegen von Sachmängeln, sonstige Schlechtleistung, mangelnde Aufklärung. Da muss man dann weniger fragen, *ob* die Analogie zulässig ist – Anspruchsgrundlage: pVV –, sondern eher, *wie weit* die Vorschriften über Verzug und Unmöglichkeit „entsprechend" anzuwenden sind.

25 Schwieriger wird es, wenn ein gemeinsamer Oberbegriff nicht vorhanden ist,[36] sondern man es mit einem Phänomen zu tun hat, das sich gleichsam *zwischen* zwei geregelten Bereichen befindet. So befindet sich etwa die *culpa in contrahendo* gleichsam *zwischen* deliktischer Haftung und vertraglicher Haftung. In einer solchen Konstellation muss man offenbar schauen, welchem dieser beiden geregelten Bereiche der „Fall dazwischen" näher liegt. Nach welchen Kriterien aber soll man dies entscheiden? Soll man im „Begriffshimmel"[37] schauen, ob das Personal im Supermarkt besser unter den Begriff „Erfüllungsgehilfe" (§ 278 BGB) passt oder unter den Begriff „Verrichtungsgehilfe" (§ 831 BGB)?

b) Gleich zu bewertende Interessenlage

26 In Wahrheit schaut man darauf, welche Konstruktion im **Ergebnis** den Interessen der Beteiligten besser gerecht wird. Ist der Fall „näher dran" an einer unerlaubten Handlung, bei der die Beteiligten sozusagen durch Zufall aufeinandertreffen (ein Dachziegel vom Haus des A trifft den B)? Oder besteht bereits eine „**rechtliche Sonderverbindung**" (oder auch „-beziehung"[38]), in deren Rahmen sich auch der Gehilfe bewegt? Dann soll der Schuldner für diejenigen Personen, deren er sich in dieser Sonderverbindung bedient, wie für eigenes Verschulden haften – und sich nicht schon damit herausreden können, dass er die Person sorgfältig ausgewählt hat.

27 Ein schönes, aber auch etwas schräges und kompliziertes Beispiel außerhalb der *culpa in contrahendo* ist dieser **Schadensersatzanspruch** des **D gegen** den **P**:

Man kann das Beispiel gern überspringen und bei Rn. 30 weiterlesen.

Hier hat der BGH (Bundesgerichtshof) eine „**rechtliche Sonderbeziehung**" bejaht zwischen dem zunächst ganz unbeteiligtem „Dritten" **D** (Geschädigter) und dem **P** (Schädiger).[39] Dieser P hatte als Pfandgläubiger (daher „P", er ist der „Erste") bei seinem Schuldner **Z** (das ist der „Zweite") einen Lkw **Hanomag** wirksam[40] für sich pfänden lassen – aber der Lkw gehörte in Wahrheit nicht dem Z, sondern dem D. Wenn nun

---

36 Daher jetzt, wie im Text schon bemerkt, die *beiden* Begriffe in § 311 BGB: in Abs. 1 die Begründung eines Schuldverhältnisses durch Vertrag, in Abs. 2 die Begründung durch vertragsähnliche Beziehungen.

37 Der „Begriffshimmel" ist eine polemische Formulierung des schon genannten *Rudolf von Jhering* (1818–1892), gerichtet gegen die sogenannte Begriffsjurisprudenz; berühmte Schrift: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), vielfach nachgedruckt, z.B. 13. Aufl., Leipzig 1924, diese wiederum nachgedruckt Darmstadt 1992, S. 249 f.

38 BGHZ 131, 200 (204) – Haftung des Notars für das Verschulden von Hilfspersonen bei der Grundbucheinsicht (1995).

39 BGHZ 58, 207 (214) – Haftung für Rechtsanwalt bei verzögerter Freigabe eines Pfandgegenstandes (1972).

40 Der Gerichtsvollzieher prüft nur, ob sich die Sachen im *Gewahrsam* des Schuldners befinden (§ 808 Abs. 1 ZPO), nicht, ob er auch Eigentümer ist (dies ist er z.B. nicht, wenn der Lkw, weil nicht abbezahlt, noch der Bank gehört oder wie hier einem „Dritten").

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- P in diesem Fall nicht selbst gehandelt, sondern einen – sorgfältig ausgewählten – Rechtsanwalt **R** mit der Angelegenheit betraut hatte,
- wenn D gegenüber diesem **R** sein Recht aus dem Eigentum rechtzeitig geltend gemacht hatte,
- wenn Rechtsanwalt **R** den Lkw dann aber schuldhaft zu spät „freigegeben" hatte
- und wenn dadurch ein Verzugsschaden entstanden ist (in diesem Fall immerhin 19.702,00 DM),

dann **haftet** der **P für den R** gemäß **§ 278 BGB** wie für eigenes Verschulden.[41] Er kann sich nicht über § 831 BGB exkulpieren.

28 Etwas „schräg" ist allerdings die Begründung des BGH: Zunächst wird dargelegt, dass sich der Schadensersatzanspruch des D gegen den P „u.a." aus unerlaubter Handlung ergibt – so dass man zwanglos bei der Entschuldigungsmöglichkeit gemäß § 831 BGB landet (er gehört zum Abschnitt über die unerlaubte Handlung), nicht bei § 278 BGB. Dies aber wäre, so der BGH, im **Ergebnis** unerträglich. Originalton: „Die praktischen Auswirkungen (!) dieser Rechtsmeinung müßten den von der Pfändung betroffenen Dritten in kaum tragbarer Weise benachteiligen."[42] Und nun wird es gewunden: Rechtsanwalt R hätte, wenn P ihm die Freigabe verboten hätte, die gepfändete Sache – hier den Lkw – gar nicht freigeben dürfen. Aber dann würde P dem D gegenüber doch unmittelbar aus § 823 BGB (unerlaubte Handlung) auf Schadenersatz haften, wobei Verschulden unproblematisch vorliegt! Und warum soll so, wie es hier gelaufen ist, eigentlich nicht der Anwalt R selbst haften (ebenfalls aus unerlaubter Handlung)?

29 Der BGH spricht den wahren Grund nur undeutlich an[43]: Es ist dem Dritten D nicht zuzumuten, mit seinem Anspruch von einem zum anderen zu laufen: zuerst zum P, der sich mit dem R herausredet, sodann zum R, der sich auf eine Weisung des P beruft … Hase und Igel … Deshalb heißt es also beim BGH am Ende (nach reichlich Spiegelfechterei): Die „sachliche Interessenlage" spricht für eine „rechtliche Sonderbeziehung nicht nur zwischen dem Vollstreckungsgläubiger [hier P, „Erster"] und dem im Titel genannten Schuldner [bei dem gepfändet wurde, hier Z, „Zweiter"], sondern auch zwischen jenem [also dem Vollstreckungsgläubiger P] und einem

41 BGHZ 58, 207 (216).

42 BGHZ 58, 207 (211); dort auch zum folgenden Satz.

43 Immer noch in BGHZ 58, 207 (211): „Für den von der Pfändung betroffenen Dritten, der regelmäßig über die Weisungen des Gläubigers an den beauftragten Anwalt nicht informiert ist, ergäbe sich daraus eine erhebliche Erschwerung bei der Durchsetzung seines Ersatzanspruchs. (…) In diesen Fällen erscheint auch die persönliche Haftung des Anwalts als Alternative zur Haftung des Auftraggebers kaum sinnvoll, weil die Entschließung über die Freigabe mit einem Risiko verbunden ist, das dem wirtschaftlichen Bereich des Mandanten zugeordnet ist."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

etwaigen Drittberechtigten [hier D]“[44] – „jedenfalls für die Zeit ab Geltendmachung des Drittrechts“[45]. Praktische Konsequenz also: Der D kann sich an P halten, und dieser soll sich das Geld bei seinem Anwalt R zurückholen.[46] Warum sagt man das nicht so „klar und deutlich“ (vgl. § 1 Rn. 6, § 5 Rn. 14–17)?

Heute dürfte auch diese Konstellation unter § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB fallen.[47]

30 Im Fall des **Salatblatts** im Supermarkt, um dies abzuschließen, ergab und ergibt sich die „rechtliche Sonderverbindung“, auch wenn es den § 311 BGB nicht gäbe, aus dem von beiden Seiten angestrebten Kaufvertrag. Für diese rechtliche Sonderverbindung „passt“ das Vertragsrecht mit seinem § 278 BGB besser als das Deliktsrecht, weil es den Interessen besser gerecht wird: Wer eine große Kundschaft bedient und dies nicht alles selbst schafft, muss für Fehler seines Personals einstehen.

Und deshalb bestand insoweit auch, trotz § 831 BGB, der den Fall „eigentlich“ geregelt hätte, eine Lücke.

c) Fazit: Zwei Seiten derselben Medaille

31 Die letzte Beobachtung aus dem Fall „cic“ (Salatblatt) lässt sich nun durchaus verallgemeinern: Im Grund ist die Frage, ob eine „Lücke“ vorliegt, immer *identisch* mit der Frage, ob die schon vorhandenen Regelungen der Interessenlage, wie sie sich im konkreten Fall stellt, wirklich gerecht werden – oder ob nicht eine *andere* Regelung diesen Interessen besser gerecht wird, eben weil die Interessenlage jener anderen Regelung der hier zu beurteilenden Interessenlage besser vergleichbar ist. Ist dies der Fall, liegt eine Lücke vor – sonst eben nicht.[48]

Gegenprobe daher: Wenn man damit leben kann, dass ein Tacho-Manipulator besser behandelt wird als jemand, der einen Blechschaden verschweigt, gibt es keine Lücke. Wenn man es als gerecht empfindet, dass jemand frisches Schweinefutter für sein verendetes Vieh verlangen kann, gibt es keine Lücke. Wenn man es billigt, dass jemand sich im geschäftlichen Verkehr für sein Personal leicht exkulpieren kann (und das Personal dann selbst haftet), dann gibt es keine Lücke.

32 Anders gewendet: Schon ob eine Lücke vorliegt, ist eine Frage der Interessenbewertung. Und entscheidend ist, im wahrsten Sinn des Wortes, das Ergebnis.

Und deshalb irgendwie eine nicht weiter begründbare „Wertung“?

3. *How it really works*: Logik und Ästhetik der Analogie

33 Um daran zu erinnern: Es ist ein Hauptanliegen der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML), der sogenannten „Wertungsjurisprudenz“ den Wind einer höheren, intuitiven, letztlich nicht kritisierbaren „Werterkenntnis“ aus den Segeln zu nehmen. Das muss hier nicht wiederholt werden.

---

44 BGHZ 58, 207 (214).

45 BGHZ 58, 207 (212).

46 Anspruchsgrundlage: pVV im Geschäftsbesorgungsvertrag.

47 Wortlaut: „Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch (…) 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.“

48 Zur sogenannten Interessenjurisprudenz siehe unten § 39 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Oder vielleicht doch: „Wertung" ist nichts als eine mehr oder weniger emotionale Stellungnahme zu einem Sachverhalt: Wir empfinden ihn – sozusagen ästhetisch – als „gut" oder „schlecht" (oder uninteressant). Diese „Wertungen" fließen in derselben Weise in unser Denken ein wie Wahrnehmungen, nämlich als erste Prädikate („ist rot", „ist schön", „ist ungerecht"). In unserem Denken werden sie dann im Hinblick darauf abgearbeitet, was aus ihnen (logisch) folgt. Wenn nun andere Menschen insoweit anderer Ansicht sind („ist doch ungerecht!"), muss man versuchen, sich die Voraussetzungen – logisch gesprochen: die Prämissen – der jeweiligen „Wertung" bewusst zu machen.[49] Zwar wird man dabei an Grenzen stoßen – wer kennt sich schon mit seinen Gefühlen ganz genau aus? Und gar mit denen der anderen? Nichtsdestoweniger kann man sich am Ende – wenn man ehrlich ist und immer mit Blick auf das Ergebnis – in den allermeisten Fällen recht klar besser in die eine oder die andere Seite „einfühlen" (und einige *hard cases* bleiben immer übrig). Kurz: „Wertung" hat nichts mit höheren „Werten" zu tun, sondern mit Logik und Ästhetik (als Lehre von der *Wahrnehmung* und insofern auch „Gefühlssache"; genauer dazu unten § 31 II).

34 Stattdessen lässt sich gerade an der Analogie gut zeigen, dass die sogenannte „Werterkenntnis" in der Jurisprudenz – und überhaupt im Recht – nie für sich allein steht, sondern stets schon in einem, nein: in *zwei* möglichen (Handlungs-)Rahmen (*frames*[50]). Es geht also nie um Werte „an sich", es geht immer nur darum, welche Begründungskonstruktion in diesem konkreten Fall *besser* ist: für den A, für den B und – wie sich gleich zeigen wird – auch für die Allgemeinheit.

Für die Analogie bedeutet dies nun: Auch hier geht es um eine *Alternative*. Fällt der Fall unter die Regel (bzw. den Begriff[51]) „A" oder unter die Regel (bzw. den Begriff) „B"? Oder genauer: *Sollte* er besser unter den Begriff/die Regel „A" fallen, unter die er beim ersten Zugriff fällt? Oder *sollte* er unter einen anderen Begriff/eine andere Regel fallen, die für *andere* Fälle mit vergleichbarer Interessenlage gilt?

35 Wenn nun von „vergleichbarer" Interessenlage die Rede ist, dann ist damit zugleich gesagt, dass man einen Vergleichsmaßstab braucht – ein *tertium comparationis* (wörtlich: das Dritte des Vergleichs). Dieses *tertium comparationis* ist nun, logisch betrachtet, der Oberbegriff (beziehungsweise der Obersatz), unter den die Vergleichsfälle zu subsumieren sind. In unseren Beispielsfällen also:

- Unter den Oberbegriff „Arglist" des Verkäufers fallen – sicher – Verschweigen eines Mangels und – vielleicht – Vorspiegeln einer günstige(re)n Eigenschaft.
- Unter den Oberbegriff „Pflichtverletzung" fallen – sicher – Verzug und Unmöglichkeit und – vielleicht – Schlechtleistung („pVV")
- Unter den Oberbegriff „rechtliches Näheverhältnis" (man kann ihn also doch bilden!) fallen – sicher – Vertragsverhältnisse, – vielleicht – die Anbahnung von Verträgen.

---

49 Sagen wir: „Wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen" (Zweiter Brief des Apostel Paulus an die Thessalonicher [ein Teil der Bibel, genauer des Neuen Testaments], Kapitel 3 Vers 10).

50 Mehr zum *framing* unten § 35 Rn. 49.

51 Regeln und Begriffe sind nur verschiedene Aggregatzustände von Erkenntnis, s.o. § 5 IV Rn. 120.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

36 In den „Vielleicht-Fällen" wird sodann probeweise[52] durchsubsumiert, welches **Resultat** sich ergibt, wenn die Subsumtion mit dem Urteil „ist ein **Fall** von" endet oder „ist **kein Fall** von" dem jeweiligen Oberbegriff (bzw. der **Regel**, deren Bestandteil er ist). Auf diesem Weg bekommt man *zwei* (Vollständige Juristische) Syllogismen (VJS, § 8), und die „Wertung" besteht dann darin, dass man fragt: Welcher von beiden Syllogismen **klingt insgesamt besser**? Kurz: Die „Wertung" ist letztlich eine Frage der **Logik** (zwei VJS) und der **Ästhetik** (wie fühlen sie sich an) – *and nothing more pretentious*.

Bereits hier (mehr dazu § 31 II): **Ästhetik** hat ursprünglich nichts mit Schönheit zu tun, es ist vielmehr die Lehre von der **Wahrnehmung**. Dass diese Wahrnehmung aus Sicht der einen Partei – etwa des Supermarktbetreibers – eine andere sein kann als aus Sicht der anderen Partei – hier des Kunden – macht es nötig, dass ein Dritter – hier das Recht – sich in beide „hineinversetzt", dann aber auch eine Regel bildet, die auf lange Sicht – *in the long run* – die günstigeren Verhältnisse hervorbringt. Hier also: weniger unbeaufsichtigte Salatblätter im Supermarkt (zur Orientierung am „Ergebnis" unten § 26).

4. Ein besseres Prüfschema für die Voraussetzungen der Analogie

37 Vor diesem Hintergrund lassen sich die Voraussetzungen der Analogie realistischer wie folgt beschreiben und prüfen:

a) Vergleichbarkeit mit Fällen einer anderen Fallgruppe

38 Der erste Schritt besteht darin, die Ähnlichkeit des zu entscheidenden Falls – Tacho, Schweinefutter, Salatblatt – mit vergleichbaren Fällen herauszuarbeiten, die anders geregelt sind – Verschweigen, Unmöglichkeit und Verzug, vertragliche Haftung –. Dies geschieht in der Regel, indem man für die Fälle dieser anderen Fallgruppe einen Oberbegriff findet oder auch erfindet – arglistiges Verhandeln, Pflichtverletzung, rechtliche Nähebeziehung –. Wie auch immer: Die Ähnlichkeit oder Vergleichbarkeit der Fälle muss herausgearbeitet werden.

b) Vorzugswürdigkeit der Regel für die andere Fallgruppe

39 Im zweiten Schritt ist dann zu prüfen, ob die Regel, die für den vergleichbaren Fall besteht, für den jetzt zu entscheidenden Fall *besser* passt als die Regel, die aktuell für ihn gilt (denn eine „Lücke" im Sinn von Gar-nicht-Regelung gibt es „nicht wirklich"). Kommt man zu dem Ergebnis, dass die andere Regelung „besser passt", dann ist sie „entsprechend" anzuwenden – sonst nicht.

Wann die andere Regel besser passt, ist im ersten Schritt eine Frage dieser Regel selbst: Vielleicht „will" sie gar nicht analog gelten, sondern ist „abschließend" gemeint (wie das gesamte Strafrecht). In diesem Fall muss man im Umkehrschluss (dazu sogleich unter III) die Analogie ablehnen.

40 Nur wenn die entsprechende Anwendung der anderen Regel *möglich* ist, muss man schauen, ob dies auch *sinnvoll* ist. Das ist in der Tat eine Frage von Analyse und

52 Allgemein zur Idee der experimentierenden Rechtsgewinnung *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III, auch §§ 39 und 40.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bewertung der betroffenen Interessen – und zwar in *beiden* Entscheidungsvarianten. Und **entscheidend** ist dabei letztlich das Ergebnis, also die Rechtsfolge (und deren Folgen) – aber nicht das Ergebnis allein, sondern der **Zusammenklang** von **Ergebnis** und **Begründung**. Wir kommen darauf zurück (§ 33 Rn. 23–24).

Kurz und gut: Bei der Analogie geht es nicht um die Schließung von „Lücken". Es geht um die Frage, ob eine andere Regel besser passt. 41

III. Regeln erweitern III: Die Argumente a fortiori (Erst-recht-Schlüsse)

Eine Besonderheit bei der Erweiterung von Regeln über den Wortlaut hinaus sind die *argumenta a fortiori*, wörtlich: die Argumente „vom Stärkeren her" – wobei dieses Stärkere allerdings ein Weniger (*minus*) oder ein Mehr (*maius*) sein kann.[53] 42

1. Das Argument a minore ad maius

Ein Beispiel für das Argument vom Kleineren zum Größeren haben wir bereits vorgestellt: Wenn auf Seiten des Verkäufers schon das arglistige Verschweigen eines Mangels zu einer Verschärfung seiner Haftung führt, dann doch erst recht das arglistige Vorspiegeln einer günstigen Eigenschaft, die gar nicht besteht (niedriger Tachometerstand).[54] 43

Das wohl berühmteste Beispiel für einen – schiefen! – Erst-recht-Schluss ist die sehr frühe Entscheidung des Großen Senats des BGH zur Entschädigung wegen Enteignung.[55] Der Erst-recht-Satz lautet: Wenn schon eine recht*mäßige* Enteignung entschädigt werden muss (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG), dann doch wohl „erst recht" eine rechts*widrige* Enteignung. Geradezu hochkomplex „daneben" war dann allerdings, dass der BGH meinte, zum Begriff der Enteignung gehöre ihre Rechtmäßigkeit (!) – so dass er in diesem Fall glaubte, eben wegen der Rechts*widrigkeit* einen „enteignungsgleichen Eingriff" konstruieren zu müssen. Wir werden darauf zurückkommen (§ 19).

Hier mag genügen: Enteignung ist die zwangsweise Übertragung eines Objekts auf jemand anderen, damit dieser es nutzen kann. Klassisches Beispiel: Die Enteignung von Grundstücken für eine Autobahn oder Eisenbahn. Deshalb lag denn auch im BGH-Fall eine *echte Enteignung* vor: Die Wohnungsbehörde hatte nach dem Zweiten Weltkrieg (es gab viele Flüchtlinge!) zwangsweise Mieter in Wohnungen eingewiesen, also das Eigentum des Vermieters in Anspruch genommen, damit andere es nutzen – in diesem Fall obendrein rechtswidrig eingewiesen. Das *argumentum a fortiori* hätte also auch – und viel besser – *ohne* den „enteignungsgleichen Eingriff" gepasst. – Siehe zum Enteignungsbegriff bereits § 15a Rn. 31–36 (als Beispiel für die

53 Dazu aus der gängigen Methodenliteratur mit weiteren Beispielen etwa *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 33), Rn. 323–325; *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehrer, 5. Aufl., München 2023, § 6 Rn. 106–110; *Guy Beaucamp/Jakob Beaucamp*, Methoden und Techniken der Rechtsanwendung, 5. Aufl., Heidelberg 2023, Rn. 343–348; nur kurz erwähnt bei *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie (Fn. 29), Rn. 49. Kurz, es ist eine ganz gängige Argumentationsfigur.

54 Siehe oben Rn. 10.

55 BGHZ (GS) 6, 270 – Zwangseinweisung von Flüchtlingen in Mietwohnungen (1952). „GS" ist der Große Senat des Bundesgerichtshofs; er tritt zusammen, wenn, grob gesagt, ein Senat von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen will.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Patchwork-Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts) und dann unten § 19 Rn. 32–35.

2. Das Argument a maiore ad minus

44 Vielzitiertes Beispiel für den Schluss vom Größeren auf das Kleinere: Wenn ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund *fristlos* gekündigt werden kann, dann doch wohl erst recht fristgemäß.[56] Oder: Wenn schon ein Eingriff in das Eigentum, der im *rechtmäßigen* aggressiven Notstand erfolgt, zum Schadensersatz verpflichtet (§ 904 Satz 2 BGB[57]), dann doch erst recht ein Eingriff bei nur *vermeintlich* rechtmäßigem aggressiven Notstand.[58] Wenn – nach alter Rechtslage – Jura-Professoren schon vor dem Bundesverwaltungsgericht als Prozessvertreter auftreten dürfen, dann doch erst recht vor dem Verwaltungsgericht.[59]

IV. Regeln einschränken

45 Für die Einschränkung von Regeln, obwohl sie vom Wortlaut her passen, gibt es ebenfalls eine ganze Reihe von Techniken. Dabei soll außer Betracht bleiben, dass „der Gesetzgeber" – genauer: derjenige, der im jeweiligen Bereich in einem autoritativen Text schon die Regeln gesetzt hat – auch selbst Ausnahmeregeln treffen darf. Das versteht sich von selbst. Ein Beispiel aus dem BGB:

> **§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz** Außer in den Fällen des § 281 Absatz 2 und des § 323 Absatz 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 4 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

1. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale

46 Eine erste Technik, um weniger explizite Ausnahmen von der Regel zu machen, besteht darin, dass in einen Rechtssatz ein Tatbestandsmerkmal hineingelesen wird, das dort nicht steht. Dadurch können einige Fälle ausgesiebt werden.

Das bekannteste Beispiel ist das Tatbestandmerkmal „Vermögensverfügung" im Betrugstatbestand des § 263 StGB. Die Vorschrift lautet unverfälscht:

---

56 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 16.7.1959, in: Arbeitsgerichtliche Praxis (AP) Nr. 31 zu § 626 BGB (zitiert nach juris); im Fall ging es um eine Kündigung wegen wissenschaftlicher Plagiate, und es war dem Gekündigten aus Kulanz eine Frist gewährt worden.

57 Wortlaut des § 904 BGB: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen."

58 *Jan C. Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl., Heidelberg 2010, S. 352 ff. (356).

59 So das Argument zum alten § 67 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung; der neue § 67 hat den Kreis der Vertretungsbefugten erheblich erweitert.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **§ 263 StGB** Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Der objektive Tatbestand enthält demnach gemäß Wortlaut nur die drei Elemente: Der Täter muss sein Opfer (1) täuschen, das Opfer muss sich (2) irren, und dann muss beim Opfer ein (3) Vermögensschaden entstehen. Dass dieser Vermögensschaden durch ein Zutun des Opfers geschieht, steht so nicht im Gesetz, so dass auch der Fall darunter fallen könnte, dass A den B (1) täuscht und dieser „durch" seinen (2) Irrtum so abgelenkt ist, dass A ihm das Handy – zu des B (3) Vermögensschaden – unbemerkt wegnehmen kann. Das ist aber, so die ganz herrschende Meinung (h.M.) nicht gemeint: Der Betrug ist ein „Selbstschädigungsdelikt", deshalb braucht man die (4) „Vermögensverfügung" des Opfers selbst. Und der Handy-Fall ist ein Fall des (Trick-) Diebstahls (§ 242 StGB).[60] 47

> In jüngerer Zeit hat die Frage, ab wann eine eigene Vermögensverfügung des Opfers vorliegt, zum Beispiel beim Erschleichen eines „0190er-Nummern-Vertrags" eine Rolle gespielt. Der Sachverhalt ist durchaus kompliziert, und der Schaden betrug 800.000 Euro.[61]

Ein weiteres – nicht ganz unumstrittenes – ungeschriebenes Tatbestandmerkmal ist die sogenannte „materielle Auflösungslage" bei der Auflösung des Bundestags nach einer erfolglosen Vertrauensfrage des Bundeskanzlers (dazu schon § 15a Rn. 77–80). Die maßgebliche Regel lautet unverfälscht: 48

> **Art. 68 GG** (1) Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen. Das Recht zur Auflösung erlischt, sobald der Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt.
> (2) Zwischen dem Antrage und der Abstimmung müssen achtundvierzig Stunden liegen.

Der Bundespräsident „kann" (nicht muss, § 15b Rn. 14) den Bundestag also auflösen, wenn drei Voraussetzungen vorliegen; (1) Antrag des Kanzlers, (2) keine Zustimmung der Mehrheit, (3) Ablauf der Frist von 48 Stunden. Wie aber nun, wenn der Bundeskanzler zwar die Mehrheit des Bundestages hinter sich hat, aber dennoch die Vertrauensfrage stellt, um Neuwahlen herbeizuführen – so dass sich „seine" Mehrheit der Stimme enthält und die Opposition gegen ihn stimmt? Hat Art. 68 GG auch diesen Fall gemeint?

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat diese Frage in bereits zwei Entscheidungen klar verneint[62] (es gibt allerdings ein gewichtiges Sondervotum[63]): Die Verfassunggeber hätten die Vertrauensfrage nur für den Fall vorgesehen, dass eine echte Regie- 49

60 Siehe etwa *Frank Saliger*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 263 Rn. 119.

61 BGHSt 50, 174 – „0190er-Nummern-Vertrag" (2005) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band, Seite); dazu *Hans Kudlich*, in: Juristische Schulung (JuS) 2005, 1133–1134.

62 BVerfGE 61, 1 (36 ff.) – Vertrauensfrage Helmut Kohl (1982) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite); BVerfGE 114, 121 – Vertrauensfrage Gerhard Schröder (2005).

63 BVerfGE 114, 121 (182–195) – Vertrauensfrage Schröder (2005) – Sondervotum *Gertrude Lübbe-Wolff*.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rungskrise vorliegt. Hauptargument: Das Grundgesetz sieht kein Selbstauflösungsrecht des Bundestages vor, man könne es daher auch nicht mit einer „getürkten“[64] Vertrauensfrage herbeiführen. Deshalb das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „materielle Auflösungslage“. Wenn es nicht erfüllt ist, *darf* der Bundespräsident den Bundestag nicht auflösen.

Dass das BVerfG dieses Tatbestandsmerkmal in den beiden Fällen letztlich als erfüllt angesehen hat, weil es insoweit auf die Einschätzung des Bundeskanzlers ankomme, führt zu weiteren Fragen. Wir haben bereits gesehen, dass die Logik des Sinnzusammenhangs „Politik“ diese Fragen anders beantwortet hat, als man es sich im Sinnzusammenhang „Recht“ wohl vorgestellt hatte (§ 15a Rn. 80).

2. Die sogenannte teleologische Reduktion (auch: Restriktion)

50 Während die Konstruktion eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals die Ausnahme von der Regel auf der *intensionalen* Ebene des Rechtssatzes schafft – also auf der Ebenes seines (sprachlichen) „Inhalts“, stellt das, was man gewöhnlich die teleologische Reduktion (oder auch Restriktion) nennt, auf die *extensionale* Ebene ab: also auf das, was der Rechtssatz seinem „Umfang“ nach an Fällen umfasst.[65] Manche dieser Fälle sollten, obwohl es passen würde, sozusagen von vornherein nicht unter ihn fallen. Die „Norm“ (das Gesetz, der Befehl) könne dies, gemessen an ihrem Ziel und Zweck nicht gewollt haben, daher „teleologische Reduktion“ (griechisch *to télos* – Neutrum, daher *das* Telos = das Ziel, der Zweck).

Ein Beispiel schon in der Antiken Gerichtsrhetorik: Der Fremde auf der Stadtmauer. Das Gesetz schreibt, vor, dass „Fremde“ – also Ausländer[66] –, die auf der Stadtmauer angetroffen werden, mit dem Tod zu bestrafen sind. Ziel und Zweck: Abwehr von Spionage und Sabotage. Die Stadt wird von Feinden angegriffen. Ein Ausländer beteiligt sich heldenhaft an der erfolgreichen Verteidigung – von der Stadtmauer aus! Es ist klar, dass das Gesetz diesen Fall nicht gemeint haben kann. (Der Status heißt daher: *scriptum et voluntas*, wörtlich: Geschriebenes und Wille, s.o. § 2 Rn. 14.)[67]

51 Ein weiteres schon recht betagtes Beispiel betrifft den Fall, dass Eltern ihrem sechsjährigen Kind etwas schenken wollen. Die Schenkung ist, rechtlich betrachtet, ein Vertrag. Zu einem Vertrag müssen beide Seiten zustimmen. Kinder unter sieben Jahren können dies nicht, sie sind noch nicht geschäftsfähig (§ 104 Nr. 1 BGB). Sie müssen und können sich von ihren Eltern vertreten lassen (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB). Anders gewendet: Die Eltern sind ihre gesetzlichen Vertreter. Scheitert dann

64 Dies ist natürlich nicht die Diktion des BVerfG. – Vielleicht sollte man heute auch besser sagen: eine „gefakete“ Vertrauensfrage (von englisch *fake*), weil das Wort „getürkt“ für „vorgetäuscht“ von türkischen Menschen als diskriminierend empfunden werden könnte.

65 Zu den Begriffen „Intension“ und „Extension“ siehe § 9 Rn. 20–23, § 15a Rn. 5.

66 Genauer: Nicht-Bürger dieser Pólis (Stadt); insgesamt hielten sich die Griechen nämlich trotzdem für eine einzige Nation (Panhellenismus), und eben deshalb pflegten sie gemeinsame Institutionen wie die Olympischen Spiele (in Olympia, versteht sich) oder die Isthmischen Spiele in Korinth.

67 Es könnte gut sein, dass sich diese nicht nur Zweiteilung, sondern *Entgegensetzung* bis zur Zeit Savignys fortgeerbt hat: in Gestalt der „grammatischen“ *versus* „logischen“ Auslegung. Demgegenüber war das Neue bei Savigny, dass stets *alle* vier „Elemente“ zusammenwirken müssen, siehe *von Savigny*, System (Fn. 4), § 50 (S. 319 f.), ferner im berühmten § 33 (S. 215).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aber die Schenkung an dem sogenannten Verbot des Selbstkontrahierens? Es findet sich in dieser Vorschrift:

> **§ 181 BGB Insichgeschäft** Ein Vertreter kann, soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn (…).

Dem Wortlaut nach ist die Schenkung an das Kind verboten: Die Eltern nehmen das Rechtsgeschäft – also die Schenkung – *zum einen* vor als Vertreter des beschenkten Kindes und *zum anderen* mit sich selbst, als Schenkende, im eigenen Namen. Dies zu verbieten kann § 181 BGB schwerlich gewollt haben, deshalb gilt insofern seit jeher die teleologische Reduktion:

> Fälle, in denen das Insichgeschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bietet, sind von § 181 BGB nicht umfasst.[68]

Die teleologische Reduktion ist, um dies abzuschließen, ein in der deutschen Methodenlehre sehr verbreiteter „Auslegungstopos". Deshalb können wir auf weitere Beispiele verzichten. 52

> Doch, eines noch, es findet sich bei Savigny: Ein Minderjähriger führt einen Prozess, obwohl er dies ohne Vertreter (Curator) gar nicht darf. Gewinnt er den Prozess, „so bleibt das Verfahren gültig".[69]
>
> Klarzustellen ist allerdings: Die sogenannte *geltungserhaltende* Reduktion ist kein Fall von „Regeln einschränken", sondern von „Regeln behaupten" (unten III): Wenn von mehreren Auslegungsmöglichkeiten nur einige mit höherrangigem Recht vereinbar sind, müssen die rechtswidrigen Varianten ausgesondert werden, und nur die rechtmäßigen dürfen weiterhin gelten.[70]

V. Regeln behaupten (Kontrakorrektur)

Weniger deutlich sieht man meistens: Auch die Entscheidung, eine Regel *nicht* zu korrigieren, anders gewendet: die Entscheidung *gegen* die Korrektur einer Regel ist eine Entscheidung *über* die Korrektur der Regel. Man kann dies recht gut als Kontrakorrektur bezeichnen. 53

68 BGHZ 59, 240 – Schuldenerlass durch Insichgeschäft (1972); BGHZ 94, 232 (235) – Schenkung an das Kind setzt sich gegen Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Mutter durch (1985).

69 *von Savigny*, System (Fn. 4), § 37 S. 234; Savigny zählt dies übrigens noch zur *Auslegung* („einschränkende Auslegung"), nicht etwa zur *Rechtsfortbildung*. – Die NJML verzichtet ganz auf diese strenge Unterscheidung, sofern sich daran praktische Konsequenzen knüpfen sollen, insbesondere im Hinblick auf die Kompetenz der Gerichte. Es sind immer fließende Übergänge. – Manchmal ist man allerdings gezwungen, dennoch eine Grenze zu ziehen, nämlich bei der Frage, ob eine Verfassungsänderung vorliegt. Vgl. insoweit die Fälle Bundestagsauflösung (noch „Auslegung" durch Hineinlesen eines ungeschriebenen Tatbestandmerkmals, soeben Rn. 48 f.) und Abschaffung des Bayerischen Senats (unzulässige „Fortbildung" durch Hineinlesen einer zusätzlichen Verfahrenspflicht, § 15c Rn. 59 [dort Nr. 6], 61 f.).

70 Am bekanntesten ist dies bei der verfassungskonformen Auslegung, dazu unten § 18 Rn. 52–54.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Das Verbot, contra legem zu entscheiden (contra-legem-Verbot)

54 Ein generelles Verbot, gegen den Wortlaut eines Gesetzes zu entscheiden – auf Latein: *contra legem*, gegen das Gesetz – gibt es nicht. Eine Parallele findet dies in Fallrechtssystemen darin, dass ein Präjudiz im Wege des *overruling* aufgehoben wird, genauer: die Regel, nach der in diesem Fall entschieden wurde.

Jüngstes Beispiel ist die schon erwähnte Entscheidung *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* des amerikanischen Supreme Court vom 24. Juni 2022. Sie hat das in *Roe v. Wade* im Jahr 1973 aus der Bundesverfassung abgeleitete *constitutional right* von Frauen auf Abtreibung verneint – unter ausdrücklicher Abkehr von dieser Entscheidung.[71]

55 In der bundesdeutschen Jurisprudenz werden gerichtliche Entscheidungen *contra legem* im Grundsatz gebilligt, allerdings gilt dies nur für Ausnahmefälle[72] (bekanntestes Beispiel ist der „Herrenreiter-Fall", wir kommen darauf in § 27 I zurück).

56 Besonders interessant ist schließlich die Regel, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) insoweit aufgestellt hat. Sie besagt, dass ein nationales Gericht bei der „europarechtskonformen Auslegung" des nationalen Rechts nicht gegen den Wortlaut einer Norm (*contra legem*) entscheiden dürfe.[73] Allerdings bestehen insofern durchaus Unklarheiten.

Mehr zur europarechtskonformen Auslegung unten § 18 Rn. 55–77.

Erstens kann dieses Verbot meinen: Die nationale Norm, mit der eine Richtlinie der Union umgesetzt wird, darf nicht gegen den Wortlaut der *Richtlinie* verstoßen (dies versteht sich von selbst) – und das Gleiche gilt für die Auslegung dieser Norm durch die nationalen Gerichte (auch dies leuchtet unmittelbar ein). Zweitens kann das *contra-legem*-Verbot aber auch meinen: Die europarechtskonforme „Auslegung" des nationalen Rechts darf sich nicht über den Wortlaut der *nationalen* Norm hinwegsetzen – vielmehr muss der Fall „hoch zum EuGH", etwa im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Hier ist vieles noch nicht endgültig geklärt.[74]

57 Methodologisch betrachtet handelt es sich um ein Problem der Reichweite des *contra-legem*-Verbots. Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie der Begriff „contra legem" selbst auszulegen ist – zumal es in der Union nicht nur ein einziges Methodenverständnis gibt[75] und der EuGH für sich eine „autonome" Auslegung und Interpretation des EU-Rechts in Anspruch nimmt.[76]

---

71 US Supreme Court, U.S. 597, 79 (2022): „We now overrule these decisions …"

72 Das scheint so selbstverständlich zu sein, dass man es gerade in den neueren Methodenlehren (*Reimer*, *Möllers*), soweit ich sehe, so ausdrücklich nicht findet. Klar, aber en passant noch *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, S. 428. – *Möllers* (Fn. 53) setzt sich mit *contra legem* nur im Rahmen des Europarechts (§ 12) auseinander; dazu in dieser NJML § 18 Rn. 55–77.

73 *Wulf-Henning Roth/Christian Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 13 Rn. 24

74 *W.-H. Roth/Jopen*, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 73), Rn. 36–39.

75 Dazu vor allem der Beitrag von *Jörg Neuner*, Die Rechtsfortbildung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 12.

76 *Rüdiger Stotz*, Die Rechtsprechung des EuGH, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 20 Rn. 19. Die autonome Auslegung des EU-Rechts ist vor allem

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Klarer Wortlaut und die acte clair-Doktrin

Ein erster Zugang könnte darin bestehen: Eine contra-legem-Entscheidung liegt jedenfalls dann vor, wenn gegen eine „Norm" (ein Gesetz, ein Befehl, ein Vertrag – kurz: ein *autoritativer Text*, § 14 Rn. 22) verstoßen wird, die „klar" und „eindeutig" formuliert ist. Im deutschen Methodenverständnis würde diese Vorstellung freilich schnell als naiv entlarvt werden: Auch „Klarheit" ist ein vager Begriff, und selbst der „Begriffskern" eines Rechtsbegriffs (§ 15a Rn. 8) ist gelegentlich Verhandlungssache. 58

> Wir werden weiter unten sehen (§ 27 Rn. 11–13, § 29 Rn. 5, 6–15), dass es der deutschen Jurisprudenz keine Schwierigkeiten bereitet, das Wort „nur" als „nicht nur" zu interpretieren und das Wort „ausdrücklich" als „implizit". Und wir haben bereits gesehen, dass unter „Gewalt" auch gewaltfreie Aktionen subsumiert werden (§ 8 – Laepple-Urteil – und öfter).

In anderen Rechtskulturen ist dies anders. So hatte in Frankreich der *Conseil d'État* – „Staatsrat" – in seiner Funktion als oberstes Verwaltungsgericht eine *acte-clair*-Doktrin entwickelt, gemäß der bei klarem Wortlaut des Gesetzes für Interpretation kein Raum bleibt[77] (auf Latein: *in claris non fit interpretatio*).

> Der Conseil d'État hat eine Doppelfunktion als oberstes Verwaltungsgericht und als Rechtsberater der Regierung.[78]

Diese Doktrin ist dann in einer berühmten – und sehr frühen – Entscheidung des EuGH in das Europarecht eingesickert.[79] Seither gilt dort „offiziell" eine besondere Art von *acte-clair*-Doktrin, ergänzt um die *acte-éclairé*-Doktrin.[80] Beide besagen im Groben: Ein mitgliedstaatliches Gericht muss dem EuGH eine Frage zur Auslegung des Unionsrechts *dann nicht* zur Vorabentscheidung vorlegen, wenn „die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig [... ist], dass *keinerlei Raum für* einen *vernünftigen Zweifel* an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt" (*acte clair*). Das Gleiche gilt, wenn der Gerichtshof die Frage bereits in einem anderen Fall zweifelsfrei geklärt hat (*acte éclairé*). 59

Wann allerdings eine Frage „klar" zu beantworten ist, bedarf von Seiten des nationalen Gerichts einer gewissenhaften Prüfung, bei der auch andere Sprachfassungen der Norm zu berücksichtigen sind. Letztlich müsse das Gericht davon überzeugt sein, dass 60

---

in einigen Gebieten des „Besonderen Teils" prägend, siehe in demselben Werk *Thomas Ackermann*, Europäisches Kartellrecht, § 19 Rn. 15–17; *Robert Rebhahn/Martin Franzen*, Europäisches Arbeitsrecht, § 17 Rn. 13.

77 Dahinter stand letztlich wohl die Lehre *Montesquieus* vom Richter als Mund, der (nur) die Worte des Gesetzes ausspricht (De l'esprit des lois [1748], Buch XI 6), vgl. *Ulrike Babusiaux*, Frankreich, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin etc. 2021, § 22 Rn. 9.

78 *Hans Jürgen Sonnenberger/Claus Dieter Classen* (Hrsg.), Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2012, Abschnitt 71; sehr knapp *Sybille Neumann/Oliver Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl., Baden-Baden 2023, Rn. 56–63; ebenfalls recht knapp: *Philippe Cossalter/Julien Dubarry*, Einführung in das französische Recht, München 2024, Rn. 566–568, 630–632.

79 EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Rn. 13 ff. – CILFIT – (Sammlung der Rechtsprechung des [Europäischen] Gerichtshofes Jahr, Seite, zitiert nach der Datenbank juris). –; im konkreten Fall ging es um Gebühren für gesundheitspolizeiliche Untersuchungen von Wollimporten aus Nicht-Mitgliedstaaten.

80 Zum Folgenden z.B. *Ulrich Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand Januar 2023, Art. 267 AEUV (Vorabentscheidung) Rn. 56–58.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde“[81]. Nur dann darf es ohne Vorlage entscheiden.

Mittlerweile wird diese Doktrin wohl ganz überwiegend für zu streng gehalten.[82] Es wird sogar – leicht paradox – angeregt, „dass nationalen Gerichten bei der Entscheidung, ob ein *acte clair* vorliegt, ein gewisses Ermessen zugestanden werden muss“.[83] Eher subversiv-inoffiziell konstatieren andere, dass die acte-clair-Doktrin oftmals nur zum Schein befolgt wird – was auch allen klar sei.[84]

Dass die Formel vom vernünftigen Zweifel nicht nur an das angloamerikanische Recht erinnert (*reasonable doubt*), sondern auch an die *doubt/belief*-Theorie des amerikanischen Pragmatisten Charles Sanders Peirce (1839–1914), sei am Rande erwähnt (dazu § 30 Rn. 5; s. auch § 5 Rn. 18, § 18 Rn. 72).

61 Methodologisch lässt sich – jetzt ganz unabhängig vom EU-Recht – festhalten: Zwar ist „Klarheit“ ein relativer Begriff. Dennoch sollte es uns ein ungutes Gefühl geben, wenn wir eine Regel korrigieren, obwohl ihr Wortlaut sich dagegen sträubt (zur juristischen Ästhetik unten §§ 33–34). Deshalb darf man durchaus als Regel formulieren:

Im Zweifel für (*in dubio pro*) den „klaren Wortlaut“ – und im Zweifel für die Nicht-Korrektur einer klaren Regel.

Und wann ist der Wortlaut „klar“? Wenn daran kein „vernünftiger Zweifel“ (*reasonable doubt*) besteht …

Zumindest sollte man, wenn man gegen den klaren Wortlaut entscheidet, dies mit offenem Visier tun – dazu unten Kapitel 5 (Manipulation des Ergebnisses).

3. Der Umkehrschluss (argumentum e contrario)

62 Ein im deutschen Methodenverständnis geläufiges Argument, um die Korrektur einer Norm (eines Gesetzes, eines Befehls, eines Vertrags) abzuwehren, ist der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*, wörtlich: Argument aus dem Gegenteil). Er besagt: Der zu entscheidende Fall wird von der ins Auge gefassten Regel *nicht* erfasst – und das soll auch so sein, weil der „Normsetzer“ – genauer: Verfasser des autoritativen Textes (§ 14 II) – genau dies so gewollt hat. Dabei kann der Normsetzer das explizit zum Ausdruck gebracht haben, etwa wie folgt: „Schmerzensgeld als Schadensersatz kann man *nur* in diesen und jenen Fällen verlangen.“

Dass dem Normsetzer dies manchmal nichts nützt, werden wir noch sehen (§ 27 Rn. 18).

63 Der Wille des Gesetzgebers, eine **abschließende** (exklusive) Regel zu treffen, kann sich aber auch in systematischer Interpretation ergeben.

Einfaches Beispiel: In § 9 Abs. 2 GenG (Genossenschaftsgesetz) heißt es, dass Mitglieder des Vorstandes Genossen sein müssen. In § 26 Abs. 1 BGB fehlt eine entspre-

81 EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Rn. 16 – CILFIT.

82 Siehe dazu auch unten § 18 Rn. 70–72.

83 *Morten Broberg/Niels Fenger*, Theorie und Praxis der Acte-clair-Doktrin des EuGH, in: Europarecht (EuR) 2010, 835–854 (853).

84 Siehe etwa *Bernhard Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EGV) Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chende Vorschrift für den Vorstand des (eingetragenen) Vereins. Daraus lässt sich *e contrario* schließen: Der Vorstand des eingetragenen Vereins muss nicht selbst Vereinsmitglied sein.

> Das Ganze wird sehr anschaulich, wenn man bedenkt, dass es Vereine gibt, die nur aus juristischen Personen bestehen, zum Beispiel der Deutsche Juristen-Fakultätentag (Mitglieder sind die juristischen Fakultäten[85] in Deutschland, Österreich und – aber nicht alle – der Schweiz sowie die Ándrassy-Universität in Budapest). Als Vorstand fungieren können aber nur natürliche Personen (die freilich diesen Fakultäten angehören müssen).[86]

Wenn der Normsetzer eine **abschließende** Regelung getroffen hat, ist auch keine Analogie möglich – insofern ist das gesamte Strafrecht mit seinem Analogieverbot (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG: *nulla poena sine lege*) ein „Fall für den Umkehrschluss". 64

Manchmal liegt allerdings zwar ein Umkehrschluss nahe, es spricht aber mehr gegen ihn als für ihn. So lautet etwa (Hervorhebungen J.L.)

> **Art. 12 Abs. 1 GG** Alle Deutschen haben das Recht, Beruf und Ausbildungsstätte frei zu *wählen*. Die Berufs*ausübung* kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

Daraus könnte man schließen: Aha, nur die Ausübung, nicht aber die Wahl des Berufs kann „durch Gesetz geregelt" werden. Dies wäre freilich eine wenig sinnvolle Regel. Das BVerfG hat daher die *beiden* Sätze wie folgt interpretiert: Berufswahl (Satz 1) und Berufsausübung (Satz 2) bilden einen *einheitlichen* „Schutzbereich", und dieser einheitliche Schutzbereich steht unter dem gemeinsamen „Regelungsvorbehalt" das Satzes 2 zu Gunsten des (einfachen) Gesetzgebers.[87]

VI. Resümee …

Es dürfte klar geworden sein: Die Grenze zwischen „Regeln auslegen" („interpretieren" im engeren Sinn) und „Regeln korrigieren" („interpretieren" im weiteren Sinn) ist fließend – so wie letztlich die Grenzen *aller* Begriffe und sonstiger Zeichen fließend sind: Was „meinen" sie wirklich, was ist ihre „wahre" Bedeutung? *What does a kiss mean*? 65

Die besondere Schwierigkeit der Rechtswissenschaft besteht darin, dass sie über Bedeutungen verbindlich entscheiden muss – und dann stellt sich jenseits der sozusagen reinen Semantik (und Syntaktik) der Sprache immer wieder die letztentscheidende pragmatische[88] Frage:

Wer soll entscheiden (*quis iudicabit* – wörtlich: wer *wird* entscheiden).

---

85 Genau genommen sind dies in der Regel gar keine vollgültigen juristischen Personen, sie sind vielmehr nur teilrechtsfähig. Vollständige juristische Person ist nur ihre (jeweilige) Universität.

86 § 15 Abs. 3 der Satzung des DJFT vom 5. Juni 2015.

87 BVerfGE 7, 377 – Apothekenurteil (1958); eine der berühmtesten und wichtigsten Entscheidungen des Gerichts.

88 Zur klassischen Unterteilung der Semiotik in Semantik, Syntaktik und Pragmatik siehe Rn. 1vor § 22.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wer hat das letzte Wort? Wer ist, in altertümlicher Terminologie, der Befehlsgeber, wer der Befehlsempfänger? Wer befiehlt, wer hat zu gehorchen? Wer darf von wem „Rechtsgehorsam" einfordern?

VII. … – und ein klarer Fall richterlichen Ungehorsams

66 Deshalb mag am Ende dieses Paragraphen ein Fall stehen, in dem das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) dem Gesetzgeber geradezu offen den Gehorsam verweigert hat und das, was er klar und deutlich wollte, mit einem ebenso klaren „geht nicht" konterkariert hat. Dies war die ursprüngliche Rechtslage:

> Gemäß § 1 Abs. 7 BauGB (Baugesetzbuch) sind bei der Aufstellung von Bebauungsplänen – das sind die verbindlichen Vorgaben der Stadt oder Gemeinde für die Art und das Maß, mit denen in einem bestimmten Gebiet der Boden genutzt werden darf – die betroffenen privaten und öffentlichen Belange „gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen". Aber *welche* privaten Belange? Nur die der Grundstückseigentümer in diesem Gebiet? Oder auch die Interessen derjenigen, deren Grundstücke an das Baugebiet angrenzen (ich nenne sie die Planangrenzer)?
>
> Das BVerwG hatte den § 1 Abs. 7 BauGB bis dato nun so ausgelegt, dass die Planangrenzer kein subjektives *Recht* darauf hatten, dass ihre *Belange* in die Abwägung einflossen. Das war aber für die Planangrenzer kein Beinbruch, weil sie den Bebauungsplan gemäß § 47 Abs. 2 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung) schon dann vor dem Oberverwaltungsgericht angreifen durften, wenn sie schützenswerten *Interessen* geltend machen konnten.

67 Dies wollte der Gesetzgeber nun ändern (damit mehr und schneller gebaut werden kann – ein altes Phänomen …). Deshalb änderte er den § 47 Abs. 2 VwGO dergestalt, dass man Bebauungspläne fortan nur noch sollte angreifen dürfen, wenn man eine Verletzung in seinen *Rechten* geltend machen konnte. Für Planangrenzer also: Fehlanzeige.

Aber der Gesetzgeber hatte die Rechnung ohne das Bundesverwaltungsgericht gemacht. Der Fall, den es zu entscheiden hatte, war wenig spektakulär, aber einprägsam:

> A ist Eigentümer eines Grundstücks, das an einer bewaldeten Fläche liegt. Die Gemeinde erlässt einen Bebauungsplan, der dieses bewaldete Gebiet als private Grünfläche mit der Konkretisierung „Dauerkleingärten" einschließlich Vereinsheim und Parkplatz ausweist. Das Grundstück des A wäre von diesem Gebiet nur durch einen 10 m breiten und als Pferdekoppel genutzten Schutzstreifen getrennt. A macht geltend, er werde durch den zu erwartenden Lärm unzumutbar beeinträchtigt werden. Die Gemeinde habe den Belang der Wohnruhe bei der Abwägung vernachlässigt. Kann A den Bebauungsplan angreifen?[89]

Das BVerwG hat kurzerhand aus dem *nicht* bestehenden Recht auf Abwägung *der privaten Belange* des A ein subjektives Recht *auf Abwägung* der privaten Belange gemacht – und *dieses* Recht (auf Abwägung) könne er auch als Planangrenzer geltend machen.

68 Und nun kommt die **Pointe**: Dem Gericht sei zwar bewusst, dass der Gesetzgeber genau dies verhindern wollte. Aber – leider, leider – handele es sich bei der Frage, ob und worauf A ein „subjektives Recht" habe, um eine Frage des „materiellen" Rechts.[90] Die Antwort hierauf mit Hilfe des § 1 Abs. 7 BauGB[91] zu „erkennen", sei Sache des

89 BVerwGE 107, 215 – „Dauerkleingärten"/Planangrenzer (1998).

90 „Materielles Recht" ist der Fachausdruck für die sachlichen Regelungen des Rechts. Gegensatz ist das Verfahrensrecht, insbesondere – für die Gerichte – das Prozessrecht.

91 Damals übrigens noch § 1 *Abs. 6* BauGB.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gerichts. § 47 Abs. 2 VwGO sei hingegen Prozessrecht (Verfahrensrecht) und könne am materiellen Recht nichts ändern.[92]

Früher hätte man wohl gesagt: Da hat das Gericht dem Gesetzgeber eine lange Nase gedreht.

92 BVerwGE 107, 215 (223).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 17 Regeln (Rechtssätze) erfinden

1 Wir beschäftigen uns in diesem Dritten Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) mit der Zurichtung der drei Kernaussagen – Regel, Fall und Ergebnis –, die einen VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismus) ergeben. Dabei geht es zunächst, in diesem Kapitel 3, um die Zurichtung der *Regel*, die – verkörpert im Rechtssatz – einer Entscheidung zu Grunde liegen soll. Insofern haben wir als sozusagen Unterstufe erörtert: Regeln finden (§ 14), Regeln interpretieren (§ 15), Regeln korrigieren und anpassen (§ 16). Wir werden jetzt eine Ebene höher steigen, nämlich dorthin, wo völlig neue Regeln (Rechtssätze) erfunden werden. Nach der herrschenden Doktrin der Gewaltenteilung ist dies „eigentlich" (*proprie*) Sache der Gesetzgebung. Allerdings sind auch die Rechtsprechung und die sogenannte Rechtslehre (grob gesagt: die akademische Rechtswissenschaft) gelegentlich sehr kreativ.

Ob das Ganze dann immer gelungen ist (zu dieser Kategorie §§ 33, 34), ist eine zweite Frage.

I. Zwei Klarstellungen

Die Überschrift „Regeln erfinden" bedarf zweier kurzer Klarstellungen.

1. Kreativität („schöpferische" Elemente) im Recht

2 Einer der roten Fäden, die sich durch die NJML ziehen, ist die Frage, welche Rolle so etwas wie Kreativität[1] in der Jurisprudenz spielt – oder, wie es in der älteren Rechtsprechung und Literatur auch heißt: ein „schöpferisches" Moment[2]. Insofern treten wir der Auffassung entgegen, dass eine solch schöpferische Leistung außerhalb der Logik stattfinde (§ 3 Rn. 15, 18 und öfter) und dadurch der Kritik entzogen wäre (§ 3 Rn. 21).

Insbesondere ist Kreativität kein Argument dafür, dass die entscheidenden „Wertungen" gleichsam von außen in das juristische Denken importiert werden müssten.

Vielmehr haben wir gezeigt, dass auch Kreativität in einem Prozess logischen Schlussfolgerns stattfindet, nämlich in kreativen Schlüssen (Abduktionen), mit deren Hilfe induktive und deduktive Schlüsse zu neuen Ideen „kurzgeschlossen" werden (§ 6 III). Zugleich „überwinden" diese Schlüsse immer wieder die Grenze vom Unbewussten („Bauch") zum Bewussten („Kopf"), oder besser: Sie enttarnen diese Grenze als das, was sie ist: nämlich *keine* klare Grenze.

Das ist ganz ebenso wie mit dem Schlaf und dem Wachzustand: Keine Grenze, sondern ein Übergang.

---

1 *Dass* Kreativität eine Rolle spielt, dürfte unbestritten sein, siehe etwa *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 60, 66, 78, 238. Die Frage ist nur, was man daraus folgert.

2 Insbesondere *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, z.B. S. 402–404: schöpferische Erkenntnis. In der 5. Aufl. (1983) fand sich im Sachverzeichnis noch das Stichwort „Schöpferische Leistung des Auslegenden", in der 6. Aufl. wurde es gestrichen. Siehe in der 5. Auflage auch S. 301, 331, 352, 383 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Praktisch bedeutet dies: Letztlich bewegt sich alle „Geistestätigkeit“ – auch die juristische – in einem logischen Kontinuum, das – je nach dem zu bewältigenden Problem – mehr oder weniger Kreativität erlaubt oder gar verlangt. Für die **Legitimation** einer „schöpferischen Rechtsfindung“[3] von Seiten der Gerichte folgt daraus **gar nichts**. 3

Siehe dazu auch unten § 27 Rn. 13 und 16, Stichwort „Soraya“.

Stattdessen sollte man immer wieder fragen, ob so viel Kreativität wirklich nötig ist (und zudem: rechtspolitisch sinnvoll[4]).

Siehe dazu auch unten § 28 II, Stichwort: „Abwägungsfehlerlehre“ im Baurecht.

2. „Regeln“ „erfinden“

Der Begriff „Regel“ soll in diesem Paragraphen in einem weiten Sinn verstanden werden. Im Kern meint Regel auch hier natürlich „Rechtssatz“, bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolge (§ 14 Rn. 2). Wenn Juristen kreativ werden, geschieht dies aber häufig dergestalt, dass sie zunächst etwas Größeres als eine einzelne Regel entwerfen – ein Prinzip, ein Rechtsgut, ein Gebot, ein neues subjektives Recht – und aus diesem Größeren dann einzelne Regeln ableiten – wir haben dies bei der Interpretation von Aussagen schon beobachtet (§ 15b IV). 4

Bekanntestes Beispiel: das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“, erfunden im Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG).[5]

Man erinnere sich im Übrigen daran, dass Regeln und Begriffe im Grunde dasselbe sind, genauer: Es sind unterschiedliche Aggregatzustände von Erkenntnis (§ 5 Rn. 18–21, 120).

Die nun folgenden Beispiele für Regeln „erfinden“ unterscheiden sich daher von einigen der schon erörterten Fälle nur graduell. Trotzdem scheint mir ihre „Erfindungshöhe“ das Bisherige deutlich zu überragen, und zwar deshalb, weil ohne Ableitung aus Naheliegendem, teilweise sogar im Widerspruch dazu, neue „dogmatische Figuren“ eingeführt wurden. 5

Nebenbei: Der Begriff „Erfindungshöhe“ entstammt dem Patentrecht. Im Gesetz ist er wie folgt umschrieben (§ 4 Satz 2 PatG – Patentgesetz): „Eine Erfindung gilt als auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhend, wenn sie sich für den Fachmann nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt.“

II. Neue „dogmatische Figuren“

Neue dogmatische Figuren werden aus unterschiedlichen Motiven erfunden. Man kann mit ihnen Gerechtigkeitslücken füllen (II 1), man kann versuchen, mit ihnen im Labyrinth des Gesetzes eine Abkürzung einzubauen (II 2), man kann schließlich aber 6

3 BVerfGE 34, 269 (287 f.) – Soraya (1973) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

4 Das Stichwort „Jurisdiktionsstaat“ möge ausreichen: Je mehr Kreativität die Gerichte entwickeln, desto geringer wird die demokratische Legitimation des Rechts, bei der nun einmal das (Parlaments-) Gesetz den politischen Willen des Volkes in Rechtsvorschriften übersetzt.

5 BVerfGE 65, 1 – Volkszählung (1983).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch, ganz im Gegenteil, eine Nebelkerze zünden, um den unverstellten Blick auf das Gesetz zu verschleiern (II 3).

1. Der übergesetzliche Notstand

7 Die wohl bekannteste juristische Erfindung stammt aus dem Strafrecht: der sogenannte übergesetzliche Notstand. Er wurde vom Reichsgericht offiziell anerkannt und erlebt gerade eine kleine Renaissance.

Im Ausgangsfall des Reichgerichts hatte ein Arzt einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen, um die unverheiratete Frau vor dem Selbstmord zu bewahren. Der Tatbestand des § 218 StGB (Strafgesetzbuch) – Abtreibung – war damit erfüllt. Einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund[6] konnte das Reichsgericht aus dem damaligen § 54 StGB nicht ableiten. § 54 StGB a.F. [alte Fassung] schließe es aber, so das Gericht, nicht aus, dass „aufgrund eines *daneben* bestehenden geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatzes [!] bei gewissen Notstandshandlungen (…) die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist."[7] Als derart ungeschriebenen Rechtssatz erkannte das Reichsgericht sodann den „Grundsatz [?] der Güter- und Pflichtenabwägung an", so wie er von der akademischen Rechtswissenschaft bereits „erfunden" war.[8] Dieser Grundsatz [!] wird sodann speziell für diesen Fall konkretisiert, indem die Voraussetzungen für die Rechtfertigung des Arztes wegen der Notlage der Schwangeren (Gutsnotstand) benannt werden.[9]

8 Gegenwärtig wird die Frage diskutiert, ob sich Klimaschützer bei Protestaktionen (Sich-festkleben auf Autobahnen, Kunstwerke mit Suppe bespritzen) zur Rechtfertigung oder Entschuldigung auf einen übergesetzlichen Notstand berufen können – dies dürfte zu verneinen sein (ziviler Ungehorsam ist geradezu dadurch gekennzeichnet, dass man Strafbarkeit in Kauf nimmt[10]). Das Gleiche gilt für die vor einigen Jahren diskutierte Frage, ob ein von Terroristen entführtes Passagierflugzeug abgeschossen werden darf, bevor es in ein Atomkraftwerk (Fußballstadion, Staudamm, World Trade Center) gelenkt werden kann („Luftsicherheitsgesetz").

Beide Fälle kann man freilich schon mit den herkömmlichen Kategorien lösen (also den §§ 34, 35 StGB). Nach hier vertretener Meinung: Im Fall Klimaschutz liegt weder Rechtfertigung noch Entschuldigung vor, der gute Wille ist aber bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.[11] Im Fall „Luftsicherheitsgesetz" würde ich sogar einen rechtfertigenden Notstand bejahen.[12]

---

6 Zum Prüfschema im Strafrecht siehe in diesem Buch § 23 II.

7 RGSt 61, 242 (252) – Übergesetzlicher Notstand (1927) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band, Seite [Fundstelle]); Hervorhebung J.L.

8 RGSt 61, 242 (254 mit Fn. 1).

9 RGSt 61, 242 (255 f.): zuvörderst eine „gegenwärtige, auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr für die Schwangere".

10 *Matthias Jahn*, Klimaaktivismus und rechtfertigender Notstand, in: Juristische Schulung (JuS) 2023, 82 (84).

11 Zu den Grundsätzen der Strafzumessung (§ 46 StGB) oben § 15b Rn. 11, 25–27.

12 Anderer Ansicht (a.A.) bekanntlich BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz (2006): keine Rechtfertigung, weil die Passagiere des Flugzeugs zu einem bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht würden, was wiederum gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verstoße. Dass dies Unsinn ist,

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Als weitere Anwendungsfälle des übergesetzlichen Notstands werden diskutiert: der Weichenstellerfall (auch Trolley-Problem[13]: opfere ich fünf Menschen, um 20 zu retten?) oder auch Triage-Fälle (Prioritätsentscheidungen bei der Behandlung von Kranken und Verletzten).[14] Gerade im letzten Fall hat das BVerfG freilich eine *gesetzliche* Regelung dergestalt gefordert, dass in einer Pandemie (und natürlich auch sonst) „niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger … Ressourcen benachteiligt wird“.[15] 9

2. Das Anwartschaftsrecht

Die wohl erfolgreichste juristische Erfindung entstammt kurioserweise dem Rechtsgebiet, das die strengste Systematik überhaupt aufweist: dem Sachenrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Das Sachenrecht ist vor allem deshalb so streng, weil in ihm grundsätzlich ein *numerus clausus* der *Rechte* besteht, die man an Sachen (das sind „körperliche Gegenstände“, § 90 BGB) haben kann: Es gibt Besitz, Eigentum und Pfandrechte an beweglichen Sachen, Eigentum an Grundstücken, als Pfandrechte Hypotheken und Grundschulden, weiterhin Reallasten etc. – aber dann ist auch Schluss. 10

Was man im Gesetz dann aber nicht findet, ist das sogenannte Anwartschaftsrecht. Es ist vielmehr eine Erfindung der Rechtslehre (d.h. der akademischen Rechtswissenschaft), die sich sodann in der Rechtsprechung neben dem Gesetz (lateinisch: *praeter legem*) durchgesetzt hat – angeblich „mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs“[16]. 11

Methodologisch interessant ist vor allem, dass mit dem „Anwartschaftsrecht“ zu einem schwierigen Problem ein sehr *subjektiv-rechtlicher* Ansatz gewählt wird, aus dem heraus dann die nötigen *objektiven* „Rechtssätze“ entwickelt werden (wir werden sogleich ab Rn. 16 sehen, dass im öffentlichen Recht das objektive Recht die Oberhand hat). In der Diktion des Bundesgerichtshofs (BGH):

---

zeigt sich schon daran, dass auch die Menschen im Stadion (oder unterhalb des Staudamms oder im World Trade Center) zu Objekten staatlichen Handelns gemacht werden – nämlich eines staatlichen Unterlassens. Im Ergebnis wie hier für eine Berechtigung zum Abschuss *Christof Gramm*, Ein tragischer Held als letzter Ausweg?, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifRecht) 2006, 82–90; *Reinhard Merkel*, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten, in: Juristenzeitung (JZ) 2007, 373–385, übrigens mit deutlicher Kritik auch an der Allgegenwart des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (siehe oben § 15b Rn. 38–51).

13 Hier ist es eine Straßenbahn (*trolley*), die man umleiten könnte, um fünf Menschen auf Kosten eines einzigen zu retten. In der fachphilosophischen Ethik wurde das Problem offenbar von der englischen Philosophin *Philippa Foot* (1920–2010) bekannt gemacht; mittlerweile hat es auch im Internet Berühmtheit erlangt.

14 Zur Vertiefung: *Alexander Bechtel*, Der übergesetzliche entschuldigende Notstand, in: JuS 2021, 401–407.

15 BVerfGE 160, 79 – Pandemiebedingte Triage (2021); siehe dort Ziff. 1 und 2 der Entscheidungsformel.

16 So *Larenz* (Fn. 2), S. 398–400.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Aufgabe der Rechtsprechung und der Rechtslehre ist es daher, die für die rechtliche Bewertung der Übertragung des [subjektiven] Anwartschaftsrechts maßgebenden [objektiven] **Rechtssätze** zu **finden**."[17] …

12 Aber nun: Was *ist* eigentlich ein Anwartschaftsrecht? Im klassischen Fall sah es so aus:

Kaufmann A hatte vom Verkäufer V einen Fahrzeuganhänger gekauft. V hatte sich das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten.[18] A „übereignete" dennoch seinerseits den noch nicht vollständig bezahlten Hänger an den Dritten K (wie Kläger), die Formulierung lautete:

„Als Ausgleich für das im Jahre 1952 von Herrn J. K. … erhaltene bare Darlehn von DM 5.000 übereigne ich heute an den Genannten meinen Dittmann-Zweiachsanhänger, Fahrgestellnummer 2624, Baujahr 1952.[19] Herrn K ist bekannt, daß ich [also der A] auf den Hänger noch einen Kaufpreisrest [an den V] zu bezahlen habe. Das Eigentum wird daher erst mit Bezahlung des Restbetrages für Herrn K voll wirksam. Es wird vereinbart, daß der vorläufig in meinem [des A] Besitz bleibende Hänger von mir für Geschäftszwecke weiter benutzt wird."

A zahlte die letzte Kaufpreisrate am 10. Februar 1953. Bereits zuvor hatten Gläubiger des A den Anhänger pfänden lassen. K klagte gegen diese Gläubiger auf Herausgabe des Hängers.[20]

13 Die Frage war nun ganz einfach: Wie war der „Schwebezustand", in dem sich das Eigentum am Hänger bis zur letzten Ratenzahlung befand, zu bewerten? Hatte der Kläger K schon etwas rechtlich Erhebliches erworben? Oder sollte die „Übereignung" an ihn nichts wert sein, wenn ihm jemand mit Hilfe des Gerichtsvollziehers zuvorkam? Der BGH hatte gemeint, diese Fragen mit dem Gesetz allein[21] nicht beantworten zu können (ob das stimmt, ist umstritten und jedenfalls kompliziert[22]). Stattdessen hat er den Fall gleichsam metaphorisch gelöst: Kaufmann A hatte bis zur letzten Rate zwar noch nicht Eigentum erworben, wohl aber eine „Anwartschaft" darauf – er wird, anders gewendet, zu einem Anwartschaftsberechtigten. Dieses Anwartschaftsrecht durfte A zudem, so der BGH, auf den K übertragen, der dadurch zum Anwartschaftsberechtigten Nr. 2 wird. Was passiert aber nun, wenn die letzte Rate gezahlt wird?

14 Insofern gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder wird zunächst der A Eigentümer, sozusagen für eine juristische Sekunde (man bezeichnet es wirklich so), erst dann der K. Dann greift in dieser juristischen Sekunde die Pfändung seitens der Gläubiger des A durch, und der Hänger ist fort. Oder es gibt keinen solchen „Durchgangserwerb" (wie der BGH es nennt), und der Hänger gleitet, ungestört vom ersten Anwartschaftsberech-

17 BGHZ 20, 88 (94) – Dittmann-Zweiachsenanhänger (1956) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite [Fundstelle]); Klammerzusätze J.L.

18 Sogenannter Eigentumsvorbehalt.

19 Sogenannte Sicherungsübereignung.

20 BGHZ 20, 88 – Dittmann-Zweiachsenanhänger (1956).

21 Hier die §§ 158 Abs. 1, 160, 161, 185, 455, 929 BGB; die ersten vier entstammen dem Allgemeinen Teil (Bedingung, Verfügung eines Nichtberechtigten), der fünfte dem Besonderen Schuldrecht (Kauf unter Eigentumsvorbehalt) und der letzte dem Sachenrecht (Übereignung beweglicher Sachen); dass der BGH § 185 BGB (Verfügung eines Nichtberechtigten) ausdrücklich für „nicht anwendbar" erklärt (Leitsatz 1), sei immerhin erwähnt.

22 Kritik etwa von *Wolfgang Marotzke*, Das Anwartschaftsrecht, ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?, Berlin 1977; *Matthias Armgardt*, Das Anwartschaftsrecht – dogmatisch unbrauchbar, aber examensrelevant, in: JuS 2010, 486–490.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tigten (A), direkt zum zweiten Anwartschaftsberechtigten (K) durch. Der BGH hat sich für diese zweite Lösung entschieden, man kann dies auf die Kurzformel bringen:

Kein Durchgangserwerb des Vollrechts bei Übertragung einer Anwartschaft.

Mittlerweile hat sich das Rechtsinstitut „Anwartschaftsrecht“ quer durch das Sachenrecht hindurch auch in vielen weiteren Fallgestaltungen „bewährt“ (würden seine Freunde sagen) oder gerade nicht (so seine Kritiker[23]). Jedenfalls gehört es zum festen Bestand der Sachenrechtsdogmatik.[24] Ob es die rechtlichen Probleme wirklich vereinfacht, ist allerdings umstritten.[25] 15

Methodologisch kann man jedenfalls festhalten: Das Anwartschaftsrecht ist eine überaus erfolgreiche Erfindung, die gewissermaßen ein Bündel von Rechtssätzen[26] zusammengefasst hat, noch bevor es sie gab. Das kann man mit Recht Kreativität (oder eine „schöpferische Leistung“) nennen.

3. Das Gebot der Rücksichtnahme (Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht)

Eine der kühnsten rechtlichen Regelerfindungen dürfte schließlich das sogenannte Gebot der Rücksichtnahme sein. Es wurde im Jahr 1977 vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) aus einer Verlegenheit heraus ersonnen, die in Wahrheit gar nicht bestand. Mittlerweile ist das gesamte öffentliche Baurecht, was den Nachbarschutz angeht, von diesem Gebot geradezu durchtränkt – obwohl (oder gerade weil?) es so nicht im Gesetz steht. Aus ihm ist vielmehr eine ungeschriebene Generalklausel (vgl. § 15a Rn. 51–68) geworden, die ein Eigenleben entwickelt hat und dies wohl auch entwickeln sollte. Ihre praktische Konsequenz ist nämlich: Das Gebot der Rücksichtnahme erlaubt es den Verwaltungsgerichten, sich zum Schein „im Rahmen der Gesetze“ zu bewegen und in Wahrheit Einzelfall-Judikatur zu betreiben. 16

Methodologisch betrachtet, ist schon und vor allem die Herkunft des Rücksichtnahmegebotes dubios. Dies ist die Geschichte:

23 Zum Immobiliarsachenrecht (Rechte an Grundstücken): *Mathias Habersack*, Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers – gesicherter Bestand des Zivilrecht oder überflüssiges Konstrukt der Wissenschaft?, in: JuS 2010, 1145–1150. – Zum Mobiliarsachenrecht (Rechte an beweglichen Sachen) differenzierend *Jan Felix Hoffmann*, Das mobiliarrechtliche Anwartschaftsrecht in der juristischen Ausbildung, in: JuS 2016, 289–294; entgegen dem Eindruck, den der Titel vermittelt, ist der Aufsatz gerade nicht stur auf „examensrelevante Streitfragen“ gepolt, sondern auf Verständnis der Interessen und der wirtschaftlichen Hintergründe.

24 Ausführlich *Maria-Viktoria Runge-Rannow*, Grundfälle zum Anwartschaftsrecht, Teil I, in: Juristische Ausbildung (JA) 2016, 487–493; Teil II, JA 2016, 568–575.

25 Nochmals *Armgardt*, Das Anwartschaftsrecht, in: JuS 2010, 486–490.

26 Anspielung auf die anglo-amerikanische Theorie vom Eigentum als einem „Bündel von Rechten“; dazu etwa *Helmut Rittstieg*, Grundgesetz und Eigentum, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1982, 721–724 (722); die herrschende Dogmatik zu Art. 14 GG (Eigentum), zumal die Kommentarliteratur, vermeidet dieses Bild in schon auffallender Weise.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Der Fall „Schweinemäster“ und das Problem

17 Dem Ausgangsfall[27] lag der folgende Sachverhalt zu Grunde:

> Kläger K ist Eigentümer eines Einfamilienhauses und Nachbar des Landwirtes L. Er wendet sich gegen eine dem L erteilte Baugenehmigung zur Errichtung eines Schweinestalls. Das Haus des K liegt, gemeinsam mit anderen Einfamilienhäusern, an der Ostseite eines Genossenschaftsweges, der Hof des L auf dessen Westseite. Die umliegenden Flächen werden landwirtschaftlich genutzt. Auf dem Grundstück des L befinden sich, vom Weg zurückgesetzt, ein älteres Wohn- und Wirtschaftsgebäude sowie, unmittelbar daneben, ein Schweinestall. Näher zum Wege hin liegen zwei ältere Scheunen, die 33,50 m auseinander stehen. In diesem Zwischenraum hat L, vom Landratsamt genehmigt, einen neuzeitlichen Schweinestall errichtet und in Betrieb genommen. In dem Stall werden 300 bis 350 Schweine gemästet, er liegt etwa 25 m von dem Haus des K entfernt. L hätte den Stall auch gut woanders anlegen können.

18 Das im wahrsten Sinn vorrangige Problem war nun, so wie das BVerwG die Sache anging, gar nicht die Frage, ob die Entscheidung in der Sache rechtlich haltbar war. Insofern stank der Fall – er spielt in einer Zone vorherrschender Westwinde – ganz klar zum Himmel (ich nenne das gern die Dicker-Hund-Theorie[28]). Das vorrangige Problem war vielmehr, für Nicht-Juristen schwer nachvollziehbar (und wohl auch für nicht-deutsche Juristen):

> ob sich der Kläger K gegen die Baugenehmigung *überhaupt* vor Gericht wehren durfte.

Und nicht nur der Kläger – Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall[29] –, sondern auch künftige Kläger. Sollte da etwa „jeder kommen können“[30]?

b) Dogmatischer Hintergrund: Die sogenannte Schutznormtheorie

19 „Dogmatischer“ Hintergrund der Problematik war die sogenannte Schutznormtheorie. Sie stammt aus dem 19. Jahrhundert, als man davon ausging, das öffentliche Recht diene grundsätzlich (nur) dem *öffentlichen* Interesse (also den Interessen der Allgemeinheit, vertreten durch den Staat), nicht aber den Interessen der einzelnen Untertanen. Für die Einzelnen konnte das öffentliche Recht deshalb zwar vorteilhafte „Reflexe“ erzeugen – etwa indem ein Gesetz den Gerbereien verbot, giftige Abfälle in den Fluss zu kippen. Ein *Recht* darauf, dass die Gerberei diese Vorschriften einhält, hatten die betroffenen Nachbarn aber grundsätzlich nicht.

---

27 BVerwGE 52, 122 – Schweinemäster (1977) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite). - Schilderung des Sachverhalts in meinen Worten, J.L.

28 Z.B. *Joachim Lege*, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre“? Aufräumarbeit und stille Verschiebungen im Bauplanungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374 (362, *364*, 365, 372, 373, 374).

29 *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2008, S. 207–232 (224).

30 Vgl. die drei Grundsätze der öffentlichen Verwaltung: Das haben wir schon immer so gemacht (oder auch: noch nie gemacht). Da könnte ja jeder kommen. Wo kämen wir denn dahin?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es sei denn (so die Idee) … dass das *Gesetz*, das den Gerbereien die Entsorgung der Chemikalien im Fluss verbot, „zumindest auch“ dem Schutz der Nachbarn dienen sollte. Wann dies der Fall war, musste man durch Auslegung des Gesetzes ermitteln. Anders gewendet: Man musste schauen, ob eine „Norm des *objektiven* Rechts“[31] – also ein Gesetz – den betroffenen Nachbarn auch ein „*subjektives* öffentliches Recht“ vermitteln sollte, grob gesagt: einen Anspruch darauf, dass das Gesetz eingehalten wird. Nur dann handelt es sich um eine „Schutznorm“, aus der das subjektive (öffentliche) *Recht* der Untertanen „abgeleitet“ wird.

Und dieses „Recht“ braucht er, damit seine Klage Erfolg hat (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO [Verwaltungsgerichtsordnung][32]), mehr noch: damit er überhaupt klagen darf (§ 42 Abs. 2 VwGO – sogenannte Klagebefugnis[33]).

Diese Schutznormtheorie gilt, mehr oder weniger unhinterfragt,[34] bis heute.[35] 20

Wie sehr diese Theorie eher ein Vorwand ist, zeigt sich daran, dass die Gerichte sich zur Not eine Schutznorm aus dem Himmel des Verfassungsrechts herunterdeduzieren: Als sich Nachbarn des Flughafens Köln/Bonn gegen die Festlegung von Abflugrouten wehrten, ließ sich kein einfach-rechtliches[36] Schutzgesetz finden. Also hat das BVerwG aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 28 Abs. 1 GG (Grundgesetz) – der nicht einmal zitiert wird! – für jedwede staatliche Planung ein „rechtsstaatliches Abwägungsgebot“ abgeleitet, das unabhängig davon gilt, ob es „fachgesetzlich normiert“ ist.[37] Diesem rechtsstaatlichen Abwägungsgebot hat es sodann auch den nötigen „Schutznormcharakter“ zugesprochen.[38]

Ein weiteres plakatives Beispiel dafür, dass man eine Klage- oder Beschwerdebefugnis schon findet, wenn man sie braucht, ist das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Hier hat man – sehr kreativ – aus dem Wahlrecht zum Bundestag (Art. 21 GG) und der Stellung seiner Abgeordneten (Art. 38 GG – „Vertreter des ganzen Volkes“) abgeleitet, dass jeder einzelne Staatsbürger das subjektive Recht hat, die Demokratie des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 3 i.V.m.

31 Übliche Definition: die Gesamtheit der (abstrakt-generellen) Rechtsnormen; die Rechtsordnung.

32 Wortlaut (Hervorhebung J.L.): „Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig *und* der Kläger dadurch *in seinen Rechten verletzt* ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf.“

33 Wortlaut (Hervorhebung J.L.): „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung *in seinen Rechten verletzt* zu sein.

34 Kritisch aber *Hartmut Bauer*, Über öffentliche Rechte, in: DÖV 2021, 181–193 (187, 192); ebenso bereits *Hartmut Bauer*, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 113 (1988), 582–631 (besonders scharf 630). Siehe auch *Anna Ingeborg Scharl*, Die Schutznormtheorie. Historische Entwicklung und Hintergründe, Berlin 2018.

35 Statt vieler *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 8 Rn. 8; zum Gebot der Rücksichtnahme gleich darauf ausführlich – und durchaus kritisch – Rn. 9.

36 Für Nicht-Juristen: „Einfaches Recht“ ist ein Fachterminus, nämlich alles Recht, das im Rang unter dem Verfassungsrecht (das ist der Gegenbegriff) steht.

37 BVerwGE 111, 276 (280) – Abflugrouten (2000).

38 BVerwGE 111, 276 (281).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) dagegen zu verteidigen, dass die Bundesrepublik zu viele Kompetenzen auf die Europäische Union überträgt.[39]

c) Das scheinbare Dilemma im Fall „Schweinemäster" ...

21 Speziell im Fall „Schweinemäster" gab „das Gesetz" dem Nachbarn des Landwirtes nun – scheinbar[40] – keinerlei *Recht* darauf, dass seine Belange bei der Baugenehmigung berücksichtigt würden. Für den sogenannten „Außenbereich" gilt nämlich, dass dort gemäß § 35 Abs. 1 BauGB (Baugesetzbuch) land- und forstwirtschaftliche Betriebe „privilegiert" sind (wie man *praeter legem* sagt[41]). Salopp formuliert: Wenn in der freien Landschaft schon gebaut wird, dann wenigstens nur für solche Projekte, die dorthin gehören, zuvörderst Land- und Forstwirtschaft (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB), aber auch Strom- und Gasversorgung (Nr. 3), Windenergie (Nr. 5), Atomenergie (Nr. 7), jetzt auch Solarenergie längs der Autobahnen (Nr. 8).

Jedenfalls aber: keine Wohnbebauung – wie im Fall des Klägers im Schweinemästerfall.

Derartige „sonstige Vorhaben" sind gemäß § 35 Abs. 2 BauGB nur ausnahmsweise („im Einzelfall") zulässig, „wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt"[42] werden.

22 Wann aber sind die „privilegierten" Vorhaben – hier der Schweinestall – zulässig? Die Antwort gibt (Hervorhebung J.L.)

> **§ 35 Abs. 1 BauGB** Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn **öffentliche Belange** nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es
> 1. einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt,
> 2. (…).

Also: wenn *öffentliche* Belange entgegenstehen. *Nur* öffentliche Belange. Nicht also private wie das Wohninteresse des Klägers K.

Daraus folgt: § 35 Abs. 1 BauGB ist kein Schutzgesetz zu Gunsten des Nachbarn.[43]

---

39 BVerfGE 89, 155 – Vertrag von Maastricht (1993). Die Erfindung stammte vom Prozessvertreter der Beschwerdeführer, dem Nürnberger Rechtsprofessor Karl Albrecht Schachtschneider; siehe *Karl Albrecht Schachtschneider/Angelika Emmerich-Fritsche/Thomas C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, in: Juristenzeitung (JZ) 1993, 751–760.

40 Wem es nicht mehr so präsent ist: „scheinbar" bedeutet, dass es in Wirklichkeit anders ist („er ging scheinbar auf das Angebot ein, in Wahrheit hatte er andere Pläne"); wenn es wirklich so ist, wie es scheint, heißt es „anscheinend": Wenn Sie sogar die Fußnoten lesen, können Sie mit dem Text *anscheinend* etwas anfangen. Vielen Dank!

41 Anders gewendet: Der Begriff „privilegiert" wird im autoritativen Text (zum Begriff § 14 Rn. 22) des § 35 Abs. 1 BauGB *nicht* verwendet. Es ist vielmehr ein Begriff, der von Rechtsprechung und Lehre geprägt wurde.

42 Der wichtige Unterschied zwischen „nicht beeinträchtigt" in Abs. 2 und „nicht entgegenstehen" in Abs. 1 des § 35 BauGB kann hier vernachlässigt werden. Es kommt nur darauf an, dass in beiden Vorschriften allein von *öffentlichen* Belangen die Rede ist.

43 Der Vollständigkeit halber: Bis zu dieser Entscheidung hatte das Gericht als Schutzgesetz u.U. das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG herangezogen, wollte dies aber offensichtlich nicht mehr tun – wahrscheinlich, weil damit zu viele entschädigungsrechtliche Nebenwirkungen verbunden waren.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) … und seine kühne Überwindung: „Gebot der Rücksichtnahme“

Das BVerwG hat dieses – scheinbare, dazu sogleich unter e – Dilemma nun in einer Art Sich-drüber-Hinweghangeln überwunden. Zunächst wurde – als eine „Norm“ des „objektiven Rechts“ – ein *objektivrechtliches* Gebot der Rücksichtnahme mehr postuliert als begründet. Es heißt insofern in der Entscheidung: 23

> „Vorhaben im Außenbereich können, mag es sich um privilegierte oder um sonstige Vorhaben handeln, deshalb genehmigungsunfähig sein, weil sie auf die Interessen anderer nicht genügend Rücksicht nehmen. Das hat der erkennende Senat bereits mehrfach entschieden (…). Dem läßt sich nicht mit Erfolg entgegenhalten, daß nach dem Wortlaut des § 35 BBauG[44] lediglich das Entgegenstehen (bzw. die Beeinträchtigung) *öffentlicher* Belange die Unzulässigkeit eines Vorhabens begründen kann. Das Gebot der Rücksichtnahme auf schutzwürdige Individualinteressen steht zu den öffentlichen Belangen nicht im Gegensatz. Vielmehr ist dieses Gebot zugleich ein öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 BBauG.“[45]

Aber: Dieses – objektivrechtliche – Gebot der Rücksichtnahme habe nicht immer auch schon „Schutznormcharakter“[46]! Mehr noch: Weil im Baurecht der Kreis derjenigen, die Rücksicht verlangen könnten, kaum abzugrenzen ist, gelte im Grundsatz („da könnte ja jeder kommen“): 24

> „Dem Gebot der Rücksichtnahme korrespondieren demnach im allgemeinen keine subjektiven Rechte.“

Aber dann geht es doch wie folgt weiter: 25

> „Das schließt jedoch nicht aus, daß bei einem Hinzutreten besonderer, die Pflicht zur Rücksichtnahme qualifizierender und damit zugleich individualisierender Umstände dem Gebot der Rücksichtnahme eine drittschützende Wirkung zuerkannt werden muß. Das ist in der Tat der Fall (vgl. dazu im einzelnen Weyreuther BauR 1975, 7 ff.).“[47]

Mit anderen Worten: Wenn im Einzelfall gegen das (objektive) Gebot der Rücksichtnahme qualitativ (Gestank) und quantitativ (Nähe zum Wohnhaus) derart verstoßen wird, dass die Rücksichtslosigkeit „geradezu handgreiflich“ wird, dann wird das Gebot der Rücksichtnahme „drittschützend“.[48] Und daraus folgt dann auch ein *subjektives* Recht, das man vor Gericht „geltend machen“ kann (§ 42 Abs. 2 VwGO).

Das Sich-drüber-Hinweghangeln besteht also darin: Zunächst zieht man sich in einem Klimmzug hoch auf die Ebene des objektiven Rechts, hangelt sich dort seitlich über den Gesetzeswortlaut („öffentliche Belange“) hinweg und lässt sich sodann auf der Seite des Schutzbedürftigen wieder herunter, um ihm beizustehen. 26

---

44 Die Vorschrift entspricht unverändert dem § 35 BauGB; warum das BauGB seinen Namen trägt, siehe in diesem Buch § 28 Rn. 6.

45 BVerwGE 52, 122 (125) – Schweinemäster (1977); Hervorhebung J.L.

46 Wie es in BVerwGE 111, 276 (281 f.) – Abflugrouten (2000) – heißt, s.o. Rn. 20.

47 BVerwGE 52, 122 (129 f.). – Nebenbei: Felix Weyreuther (1928–1997) war auch der zuständige Berichterstatter im 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts; „BauR“ ist das Kürzel für die Zeitschrift „Baurecht“.

48 Siehe dazu sogleich in Fn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e) Unter den Teppich gekehrt: die einfache Lösung gemäß § 3 Abs. 1 BImSchG (Bundesimmissionsschutzgesetz)

27 Man ist nach allem durchaus versucht, dem BVerwG zu diesem Coup zu gratulieren: Da wird erstens zu Gunsten des Bürgers und zur Bekämpfung von „dicken Hunden" eine **Regel erfunden**, die unmittelbar einleuchtet.[49] Und es wird zweitens festgelegt, wie man sie im Einzelfall anzuwenden hat, um „dem Bürger" hinreichend Rechtsschutz zu verschaffen. Der Haken ist nur:

Man hätte diese Regel gar nicht erfinden müssen.

28 Es **gab** nämlich **schon eine Regel**, genauer: eine einschlägige Schutznorm, und zwar im Bundesimmissionsschutzgesetz, in Kraft getreten schon 1974 (Hervorhebung J.L.):

> **§ 3 Abs. 1 BImSchG** Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne dieses Gesetzes sind Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit *oder die Nachbarschaft* herbeizuführen.

Deutlicher kann ein Gesetz kaum sagen, dass es gerade auch die Nachbarn schützen will (und nicht nur die objektive Rechtsordnung). Und dass dies auch im Baurecht gelten sollte, folgte 8ebenfalls schon aus dem Gesetz:

> **§ 35 Abs. 3 BauGB a.F.** Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere vor, wenn das Vorhaben
> – den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht,
> – *schädliche Umwelteinwirkungen* hervorrufen kann oder ihnen ausgesetzt wird,
> – (…)

29 Das BVerwG hätte also ohne weiteres eine Paragraphenkette bilden können, wie man sie aus dem Zivilrecht kennt, und es hätte sich aus ihr ganz zwanglos die Schutznorm zu Gunsten des Nachbarn und Klägers ergeben:

§ 35 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m.[50] §§ 35 Abs. 3 BauGB, 3 Abs. 1 BImSchG.

f) Mutmaßungen über die wahren Gründe

30 Warum das Bundesverwaltungsrecht diesen einfachen Weg nicht gegangen ist, darüber kann man nur Mutmaßungen anstellen. Übersehen hat es den § 3 Abs. 1 BImSchG keineswegs, es hat ihn aber gewissermaßen unter den Teppich gekehrt. Anders gewendet: Es hat den § 3 Abs. 1 BImSchG dem § 35 BauGB untergeordnet, und dies auch nur im Rahmen des *objektiv*-rechtlichen Gebotes der Rücksichtnahme (Hervorhebungen J.L.):

> „Andererseits bietet sich bei der Bemessung dessen, was den durch ein Vorhaben Belästigten zugemutet werden kann, eine *Anlehnung* [!] *an die Begriffsbestimmungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes* an. Dieses Gesetz verlangt von den Betreibern emittierender Anlagen, mögen diese Anlagen immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtig sein oder nicht, daß vermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen unterbleiben. Schädliche Umwelteinwirkungen sind nach § 3 BImSchG alle „Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind,

49 Nochmals zur Klarstellung (siehe schon oben Rn. 4): Das Gebot der Rücksichtnahme wird zwar als „Gebot" bezeichnet, es lässt sich aber zwanglos als *Regel* formulieren. Etwa so: „(Auch) im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn es auf schützenswerte private Belange ausreichend Rücksicht nimmt."

50 Abkürzung für „in Verbindung mit".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft [!] hervorzurufen”.[51]

Dann aber kein Wort über den expliziten Nachbarschutz in § 3 BImSchG, sondern Ausweichen auf einen eher nebulösen Nebenkriegsschauplatz:

> „Einwirkungen dieses Grades – und nicht erst enteignende Beeinträchtigungen oder „ernste Gesundheitsbeeinträchtigungen“ – sind den davon Betroffenen grundsätzlich nicht zumutbar. Dabei ist, wie klargestellt werden mag, die Unzumutbarkeit in dem hier erörterten Sinne (…) nicht identisch mit dem enteignungsrechtlichen Begriff der Unzumutbarkeit.“[52]

Wie gesagt, man kann nur mutmaßen, warum das BVerwG den § 3 Abs. 2 BImSchG nicht unmittelbar angewendet hat, um einen Drittschutz/Nachbarschutz[53] zu begründen. Der Umweltschutz und das Umweltbewusstsein steckten im Jahr 1977 noch in den Kinderschuhen, das BImSchG war gerade erst 1974 in Kraft getreten. Möglicherweise befürchtete das Gericht, dass sich nun allzu viele Kläger auf dessen Nachbarschutz berufen würden. Daher war die Wohltat des Gerichts zu Gunsten des Klägers wohl eher ein Abwürgen künftiger Klagen von Nachbarn, bei denen der Fall nicht ganz so krass lag. Ihnen konnte man mit Hilfe des „grundsätzlich“ nur objektiv-rechtlichen Gebotes der Rücksichtnahme entgegenhalten: Ihr seid nicht „qualifiziert und individualisiert“ genug betroffen, um euch erfolgreich zu wehren. 31

Zudem eröffnete das Rücksichtnahmegebot jederzeit das Tor zu einer **Abwägung im Einzelfall**, bei der das Gericht auch gleich erkennen lässt, auf wessen Seite es vorrangig steht (Hervorhebungen J.L.): 32

> „*Je* empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung derer ist, denen die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugute kommt, *um so* mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. *Je* verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, *um so* weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Bei diesem Ansatz kommt es für die sachgerechte Beurteilung des Einzelfalles wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem an, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist. Dabei muß allerdings demjenigen, der sein eigenes Grundstück in einer sonst zulässigen Weise baulich nutzen will, insofern ein **Vorrang** zugestanden werden, als er berechtigte Interessen nicht deshalb zurückzustellen braucht, um gleichwertige fremde Interessen zu schonen. Das gilt noch verstärkt, wenn sich bei einem Vergleich der beiderseitigen Interessen derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, zusätzlich darauf berufen kann, daß das Gesetz durch die Zuerkennung einer Privilegierung seine Interessen grundsätzlich höher bewertet wissen will, als es für die Interessen derer zutrifft, auf die Rücksicht genommen werden soll.[54]

Diese Passage geht der zu „§ 3 BImSchG“ zitierten Passage[55] unmittelbar voraus.

---

51 BVerwGE 52, 122 (126) – Schweinemäster (1977); erwähnt wird auch § 35 Abs. 3 BBauG (Rn. 21).

52 BVerwGE 52, 122 (126 f.). Zum eigentumsrechtlichen Hintergrund siehe Fn. 43 und auch die Darstellung bei *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht, (Fn. 35), § 8 Rn. 9 (S. 182 f.).

53 Im vorliegenden Kontext bedeutet beides dasselbe. „Drittschutz“, weil die Behörde der „Erste“ ist, der Adressat der Baugenehmigung der „Zweite“ und der von ihr mittelbar betroffene Nachbar der „Dritte“.

54 BVerwGE 52, 122 (126) – Schweinemäster (1977); Hervorhebungen J.L.

55 Siehe bei Fn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

g) Weitere methodologische und pragmatische Kritik (Besen, Besen, seid's gewesen …)

33 Wie eingangs gesagt, hat das Gebot der Rücksichtnahme in den folgenden Jahren das gesamte Nachbarrecht gleichsam durchtränkt: Nach der Doktrin des BVerwG handelt es sich allerdings nicht um einen allgemeinen Grundsatz, der das gesamte öffentliche Baurecht umfasst, auch nicht – das ist durchaus erfreulich[56] – um ein unmittelbar aus der Verfassung abgeleitetes Rechtsgebot.[57] Vielmehr ist es immer nur Bestandteil einzelner gesetzlicher Vorschriften des Baurechts, also insbesondere der §§ 30 ff. BauGB.[58] Als Beispiel mag genügen (Hervorhebung J.L.):

> **§ 34 Abs. 1 BauGB** Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ist ein Vorhaben zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung *einfügt* und die Erschließung gesichert ist.

Hier liest das BVerwG in das Gesetzeswort „einfügen" das *praeter legem* entwickelte objektiv-rechtliche Gebot der Rücksichtnahme hinein – und leitet daraus dann je nach den Umständen des Einzelfalls einen Nachbarschutz ab oder auch nicht. (Ich habe mich immer gefragt, warum man nicht auch hier den direkten Weg gegangen ist und aus dem „Einfügen" unmittelbar einen Nachbarschutz abgeleitet hat.)

Weitere Vorschriften, in die das Gebot der Rücksichtnahme hineingelesen wird, sind § 30 BauGB (beplanter Innenbereich), § 31 Abs. 2 BauGB (Befreiung von Festsetzungen des Bebauungsplans), § 15 BauNVO (Baunutzungsverordnung).

34 Eine methodologische Kritik an dieser Dogmatik liegt auf der Hand. Wenn das Rücksichtnahmegebot vom BVerwG „in die Gesetzestatbestände mehr hineingelesen als [aus ihnen] herausgeholt" wird[59] – dann widerspricht dies der Bindung der Gerichte primär an das Gesetz. *De facto* handelt es sich nämlich um die Schaffung einer neuen Regel, die als „richterrechtliche Generalklausel" dem Gesetz vor- oder nachgeschaltet wird (auf die Genauigkeit der Metapher kommt es nicht an[60]). Eine solche Regel zu schaffen ist aber Sache des Gesetzgebers.

35 Pragmatisch betrachtet, wirft man dem BVerwG zudem mit Recht vor, dass sein Ansatz der Kasuistik Tür und Tor öffnet und dann die einzelfallbezogene Abwägung, die sich das Gericht jederzeit offenhält, zu kaum noch voraussehbaren Ergebnissen führt.[61] Immerhin haben sich mittlerweile einigermaßen feste Fallgruppen herausgebildet.[62]

---

56 Vgl. meine Kritik an einer Überanstrengung des Verfassungsrechts in § 14 Rn. 65 – Berücksichtigung von Präjudizien –, § 15a Rn. 84 – Polizeieinsätze bei Fußball-Bundesligaspielen – und § 23 Rn. 8 – Gelenkbolzenschellen, Ebay, Schmähkritik.

57 Das betont auch etwa *Peter Sperlich*, Ein Meilenstein des Verwaltungsrechts: 40 Jahre „Schweinemästerfall", in: JA 2017, 38–42 (40).

58 Sie regeln die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im beplanten Bereich (§§ 30–33), im unbeplanten Innenbereich (§ 34) und im Außenbereich (§ 35).

59 So *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 35), § 8 Rn. 9 (S. 183).

60 Für „nachschalten" spricht, dass das Rücksichtnahmegebot gegenüber anderen drittschützenden Normen subsidiär sein soll, siehe etwa *Sperlich*, Meilenstein, in: JA 2017, 38 (41).

61 *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Fn. 35), § 8 Rn. 9 (S. 180); versöhnlicher *Sperlich*, in: JA 2017, 38 (41), mit Hinweis auf die mittlerweile erfolgte Fallgruppenbildung („erdrückende Wirkung", Wertminderung etc.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Gebot der Rücksichtnahmen gilt übrigens auch in der umgekehrten Richtung. Landwirte (privilegiert) können mit ihm folglich eine „heranrückende Wohnbebauung“ abwehren.[63] Ein wenig skurril dann allerdings folgende Konstellation: In Rheinland-Pfalz wollten sich (genehmigte) Spielhallen und Sportwettbüros mit Hilfe des Rücksichtnahmegebots dagegen wehren, dass im Umkreis von 500 Metern Luftlinie Einrichtungen geschaffen werden, „die überwiegend von Minderjährigen besucht“ werden“ (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 LGlüG – Landesglückspielgesetz). Angesichts von rund 800 solcher Betriebe wäre für „Schulen, Jugendzentren, Freizeittreffs und Sportplätze, aber möglicherweise auch auf Jugendliche ausgerichtete Einzelhandelsgeschäfte, Cafés oder Restaurants“ wenig Platz geblieben.[64]

Kurz und gut: Die Zauberformel „Gebot der Rücksichtnahme“ hat mittlerweile eine Eigendynamik oder, wenn man so will: ein Eigenleben entwickelt, das nur schwer unter Kontrolle zu bringen ist. Man sollte daher überlegen: Was würde passieren, wenn man sie einfach abschaffte und ganz einfach nur den einfachen Gesetzestext auslegen würde? „Besen, Besen! Seid's gewesen!“[65] 36

h) Schlussbetrachtungen

Alles in allem stellt sich das Gebot der Rücksichtnahme als eine recht windige Erfindung dar, deren Herkunft kaum hinterfragt wird. Das methodologische Hauptargument gegen sie lautet: Es hätte dieser Erfindung gar nicht bedurft. Man hätte den klassischen Fall „Schweinemäster“ sehr gut ohne diesen kreativen Aufwand lösen können. 37

Bei einem weiteren klassischen Fall aus dem Bauplanungsrecht – dem Fall „Überschuldeter Landwirt“ – werden wir das Gleiche beobachten (§ 28 Rn. 27).

Des Weiteren spricht gegen das Rücksichtnahmegebot: Die Regel, auf die man es reduzieren kann, ist äußerst vage: „Eine bauliche Anlage ist zulässig, wenn sie auf alle relevanten Interessen ausreichend Rücksicht nimmt.“ Damit ist allerdings ein Ideal postuliert, das schwer zu verwirklichen ist und über das kaum je Konsens erzielt werden dürfte. 38

Nichtsdestoweniger ist das Anliegen berechtigt, bei der Zulassung baulicher Anlagen die ganz „dicken Hunde“ nicht durchgehen zu lassen. Dann aber wäre es einfacher, treffender und methodenehrlicher, gleichsam die Beweislast[66] umzukehren und lediglich ein **Verbot der Rücksichtslosigkeit** zu konstruieren – etwa als Analogie zu

62 *Michael Uechtritz*, Das baurechtliche Rücksichtnahmegebot: Konkretisierung von Reichweite und Inhalt durch Fallgruppenbildung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2016, 90: (1) „Erdrückende“ und „optisch bedrängende“ Wirkung, (2) Stellplatzproblematik, (3) Immissionskonflikte. – Methodologisch zur Fallgruppenbildung oben § 15a Rn. 65–67.

63 BVerwG DÖV 2001, 251 – Angeblich geplanter Mastschweinestall; daher wurde im konkreten Fall der Abwehranspruch des Landwirts verneint.

64 *Thomas Würtenberger*, Neues vom „Schweinemäster“. Der Abwehranspruch von Spielhallen und Sportwettbüros gegen heranrückende Einrichtungen für Minderjährige, in: Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen/Rheinland-Pfalz/Saarland (LKRZ) 2012, 399–404.

65 *Johann Wolfgang von Goethe*, Der Zauberlehrling (1797).

66 Zur Beweislast unten § 22 Rn. 12, 21 f. – Ein Plädoyer, die Idee der Beweislast auch auf die Rechtsfrage auszuweiten: *Dominik Richers*, Rechtslast. Lastregeln als Mittel der Überwindung von Zweifeln bei der Rechtsanwendung, Berlin etc. 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 242 BGB (Treu und Glauben) im Baurecht. Damit würde dann auch die leidige Schutznormtheorie obsolet.

39 Im Grunde ist der gesamte Ansatz der „Schutznormtheorie" ein Anachronismus. In einem Staat, der seine Menschen nicht als „Untertanen", sondern als Rechtssubjekte ansieht, die dem Staat prinzipiell gleichrangig begegnen („auf Augenhöhe"), haben diese Menschen subjektive Rechte eben deshalb, weil auch sie öffentlich-rechtlich Rechtssubjekte sind. Ihnen müssen solche Rechte nicht erst aus der Fürstenloge des objektiven Rechts gewährt werden, schon gar nicht als Kollateralschutz. Dass die Reichweite dieser subjektiven öffentlichen Rechte nicht grenzenlos sein kann, liegt auf der Hand – wer in Greifswald wohnt, kann nicht eine Baugenehmigung in München anfechten. Aber ist es nicht, statt nach Schutznormen zu suchen, viel ehrlicher, Inhalt und Grenzen eines subjektiven Rechts mit den schutzwürdigen Interessen zusammenfallen zu lassen? Wer am Flugplatz wohnt, muss gegen den Lärm von Abflugrouten gerichtlich vorgehen dürfen. Wer am Mühlenberger Loch lediglich spazieren geht, kann rechtlich gegen die Airbus-Flugplatz-Erweiterung nichts ausrichten.[67] Subjektive *Gerechtigkeit* besteht eben auch darin, sich nicht in Dinge einzumischen, die einen nichts angehen.[68]

III. Resümee

40 Wir haben in diesem § 17 drei Beispiele dafür erörtert, dass Juristen neue Regeln häufig erst erfinden müssen: den übergesetzlichen Notstand im Strafrecht, das Anwartschaftsrecht im deutschen Sachenrecht und das sogenannte Gebot der Rücksichtnahme im öffentlichen Baurecht. Allen dreien muss man eine gewisse Erfindungshöhe zugestehen, die aus ihnen mehr macht als eine bloße Gesetzeskorrektur.

Methodologisch interessant war, dass die „Vision" des Neuen eher vom subjektiven Recht der Akteure ausgehen kann (Anwartschaftsrecht) oder – aber dies vielleicht nur scheinbar? – vom objektiven Recht (Gebot der Rücksichtnahme). Überzeugend waren die beiden Beispiele, in denen die Gerichte Innovationen übernommen haben, die von der akademischen Rechtswissenschaft bereits vor-reflektiert waren (übergesetzlicher Notstand, Anwartschaftsrecht). Demgegenüber wirkt das dritte Beispiel, also die Ad-hoc-Erfindung des Bundesverwaltungsgerichts (Gebot der Rücksichtnahme), auf den ersten Blick eher gut gemeint als gut gemacht; auf den zweiten Blick wirkt sie verdächtig.

---

67 Zu diesem auch rechtlichen Großprojekt eingehend *Ulrike Verch*, Die Airbus-Werkserweiterung im Widerstreit der Interessen. Rechtsfragen der Planung von Großprojekten am Beispiel des Luftfahrtindustriestandorts Hamburg-Finkenwerder, Tübingen 2025. – Das Mühlenberger Loch – eine Bucht der Elbe mitten in Hamburg gegenüber von Blankenese – war Europas größtes Süßwasserwatt und dementsprechend die Heimat vieler gefährdeter Arten (z.B. Löffelente und Krickente); es musste zu einem großen Teil der Erweiterung des Airbus-Werksgeländes weichen. Die Erweiterung wurde angeblich nötig, um dort den Großraum-Airbus A380 bauen zu können. Allerdings erfolgte die Endmontage dann doch im Hauptwerk Toulouse. – Mittlerweile wurde die Produktion des A380 eingestellt.

68 *Platon*, Politeía 433a, hat Gerechtigkeit definiert als: „das Seine tun und sich nicht in Vieles einmischen" – *ta hautoú práttein kai mḗ polypragmoneín*. Allerdings könnte man *kai mḗ polypragmoneín* wohl auch etwas milder mit „sich nicht verzetteln" übersetzen (*póly* = viel, *prágma* = Geschäft, Unternehmung; Tatsache, Ding) – Platons Werke werden nach der sogenannten Stephanus-Ausgabe mit Seite und Abschnitt zitiert.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 18 Regeln (Rechtssätze) aufeinander abstimmen

Regeln sind nicht immer gut aufeinander abgestimmt. Sie können sich sogar offen widersprechen. Bereits in der antiken Gerichtsrhetorik hat man dies diskutiert und Regeln für den Umgang mit Regeln entwickelt – so etwa, wenn zwei Gesetze sich in einem konkreten Fall im Ergebnis widersprechen (*leges contrariae*). 1

Als Beispielsfall hatten wir genannt (§ 2 Rn. 15): Das eine Gesetz besagt, dass demjenigen, der einen Tyrannen tötet, im *gymnásion* (= dem öffentlichen Sportzentrum) ein Standbild gewidmet wird. Das zweite Gesetz verbietet im *gymnásion* Standbilder von Frauen. Wie, wenn eine Frau den Tyrannen getötet hat?[1]

Was das heutige Recht angeht, so kann man bei den Regeln über das Aufeinanderabstimmen von Regeln vier Konstellationen unterscheiden.[2] Sie entsprechen allerdings nicht unterschiedlichen Schwierigkeitsgraden, vielmehr gibt es bei allen eher leichte und eher schwere Fälle. 2

In der ersten Konstellation – Konkurrenzen – kann sich ein rechtliches Wollen (gerichtet z.B. auf Schadensersatz oder Bestrafung) auf mehrere Regeln (als Gründe) stützen (I). In der zweiten Konstellation – Kollisionen – gibt es Regeln, die sich widersprechen (II). Die dritte Konstellation – „Konforme" Auslegung – ist rechtlich und methodisch relativ neu, letztlich aber ein Unterfall der systematischen Auslegung (III). Relativ neu ist als Methode auch – vierte Konstellation – die „Abwägung" (IV). Zu ihr gibt es noch keinen allgemein gängigen „Methodenkanon" wie bei der Auslegung (Stichwort Savigny, § 15d) – außer in der Grundrechtsdogmatik, was allerdings wenigen bewusst sein dürfte.[3]

I. Konkurrenzen

Erste Konstellation also: Es gibt im Hinblick darauf, was „am Ende rechtlich herauskommen soll", mehrere „Rechtsgrundlagen". 3

Vor allem im Zivilrecht spricht man von „Anspruchsgrundlagen", vor allem im Öffentlichen Recht von „Ermächtigungsgrundlagen"[4] (auf Grund derer die öffentliche Gewalt in Rechte der Bürger eingreifen darf).

---

1 *Marcus Fabius Quintilianus,* Institutionis Oratoriae Libri XII (Ausbildung zur Redekunst in 12 Büchern). Deutsch-lateinische Ausgabe: Ausbildung des Redners, 2 Bände, Darmstadt 2006 (Nachdruck der 3. Aufl. 1995), VII 7, 5.

2 Siehe aber auch *Tristan Barczak*, Rechtsgrundsätze. Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung, in: Juristische Schulung (JuS) 2021, 1–7. Bei diesen (als „allgemein" verstandenen) Rechtsgrundsätzen ist mir nicht klar, worauf ihre rechtliche Geltung beruht – es klingt ein bisschen nach „Juristenrecht" als „Rechtsquelle" (wie bei Savigny). Barczak sieht in den Rechtsgrundsätzen „ein zeitloses normatives Koordinatensystem, das auf einem Wertekonsens gründet" (7).

3 Gemeint ist das Prüfungsschema „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung des Eingriffs", siehe unten Rn. 92–94.

4 Kleiner Hinweis für Jurastudenten: Wenn in einer Klausur ein Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Vertrag in Betracht kommt, dann ist der Korrektor sehr traurig, wenn Studenten eine *Ermächtigungs*grundlage prüfen (statt *Anspruchs*grundlage). Sie zeigen damit, dass sie nach einem „Schema F" arbeiten, das sie nicht wirklich verstanden haben.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anders gewendet: Es kommen dort mehrere Rechtsregeln „zur Anwendung". Kann ein Gericht zum Beispiel, wenn jemand bei einem Einbruchsdiebstahl (§ 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB – Strafgesetzbuch) zugleich und unvermeidlich auch einen Hausfriedensbruch begeht (§ 123 StGB), diesen Hausfriedensbruch ignorieren? Und wie ist es, wenn mehrere Grundrechte verletzt sein könnten? Wie schließlich, wenn im Zivilrecht mehrere Ansprüche des A gegen den B (die aus verschiedenen Regeln abgeleitet werden) nebeneinander stehen?

1. Konkurrenzen im Strafrecht

4 Am bekanntesten ist die Konkurrenzlehre des Strafrechts.[5] Dort ist sie, was das Einfachste angeht – nämlich das Verhältnis mehrerer Regeln *zu einer Tat* oder auch zu mehreren Taten –, gesetzlich geregelt (a). Schwieriger zu bestimmen ist das Verhältnis mehrerer Regeln *zueinander*, allerdings hat sich insoweit eine mehrheitlich akzeptierte Dogmatik entwickelt (b). Im Einzelnen kann es dennoch kompliziert werden (c).

a) Tateinheit und Tatmehrheit („Idealkonkurrenz" und „Realkonkurrenz")

5 Gesetzlich geregelt ist, wie gesagt, das Einfachste, aber auch Wichtigste: Was ist als **Rechtsfolge** zu verhängen, wenn im Hinblick auf die zu verhängende Strafe mehrere Taten und/oder mehrere Gesetze in Betracht kommen (Hervorhebungen J.L.; StGB = Strafgesetzbuch)?

> **§ 52 StGB Tateinheit** (1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf **eine Strafe** erkannt.
> (2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen.

Man nennt dies auch (warum auch immer, aber man muss es als Jurist wissen) „Idealkonkurrenz".[6]

> **§ 53 StGB Tatmehrheit** (1) Hat jemand mehrere Straftaten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, und dadurch mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Geldstrafen verwirkt, so wird auf eine **Gesamtstrafe** erkannt.
> (2) Trifft Freiheitsstrafe mit Geldstrafe zusammen, so wird auf eine Gesamtstrafe erkannt. Jedoch kann das Gericht auf Geldstrafe auch gesondert erkennen; soll in diesen Fällen wegen mehrerer Straftaten Geldstrafe verhängt werden, so wird insoweit auf eine Gesamtgeldstrafe erkannt.

Man nennt dies auch, warum auch immer,[7] „Realkonkurrenz".

---

5 Zum Einstieg etwa: *Urs Kindhäuser/Till Zimmermann*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Baden-Baden 2022, §§ 44–48.

6 Im Einzelnen dann den ersten Fall „ungleichartige Tateinheit/Idealkonkurrenz", den zweiten Fall „gleichartige Tateinheit/Idealkonkurrenz", siehe *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht (Fn. 5), § 47 Rn. 1.

7 Ich reime es mir so zusammen: „Realkonkurrenz", weil mehrere „Sachen" (lateinisch *res*), das heißt: mehrere Handlungen in der Außenwelt, nebeneinander stehen; „Idealkonkurrenz", weil man ein und dieselbe Handlung unter mehrere Begriffe („Ideen", „Ideale") subsumieren kann.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Das Verhältnis mehrerer Straftatbestände zueinander („Gesetzeskonkurrenz")

Wie sich allerdings einzelne Strafgesetze (oder auch: Straftatbestände, das kann man synonym verwenden) *abstrakt* zueinander verhalten, das ist nicht gesetzlich geregelt und kann sowohl generell als auch im Detail durchaus streitig sein. Im Wesentlichen gibt es vier Möglichkeiten[8]: 6

(1) Zwei Gesetze schließen sich gegenseitig aus – Beispiel: Diebstahl (§ 242 StGB) und Betrug (§ 263 StGB);

(2) ein zweites Gesetz ist ein Spezialfall des ersten Gesetzes – Beispiele: Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist gegenüber dem einfachen Diebstahl eine „Qualifikation", Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) eine „Privilegierung" gegenüber dem Totschlag (§ 212 StGB);

(3) ein zweites Gesetz kommt nur zum Zug, wenn das erste nicht zum Zuge kommt („Subsidiarität"), z.B. ein Unterlassungsdelikt erst dann, wenn kein Begehungsdelikt einschlägig ist (man „lässt" das Opfer „auch noch verbluten"); oder § 246 StGB (Unterschlagung) in seiner neuen Fassung;

(4) ein Gesetz geht in einem anderen auf („Konsumtion") – Beispiel: Nötigung (§ 240 StGB) im Raub (§ 249 StGB), Hausfriedensbruch im Einbruchdiebstahl.

c) Insbesondere: Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB)

Berühmt ist der Streit, in welchem Verhältnis die beiden Strafgesetze Totschlag (§ 212 StGB) und Mord (§ 211 StGB) zueinander stehen. Nach herrschender (akademischer) Lehre ist Mord eine Qualifikation des Totschlags, die Rechtsprechung meint hingegen, es seien zwei selbstständige Straftatbestände. Der Streit ist nur von seinen **praktischen Konsequenzen** her zu begreifen, und diese betreffen gar nicht den Täter, sondern eventuelle **Teilnehmer** (Anstifter und Gehilfen, also etwa jemanden, der „Schmiere steht"). Erfüllt ein solcher Teilnehmer selbst keines der „persönlichen Mordmerkmale"[9], handelt er z.B. selbst *nicht* aus Habgier (so wie der von ihm gedungene [= angestiftete] Auftragsmörder), so gibt es zwei Möglichkeiten: 7

- Entweder ist die in § 211 StGB genannte Habgier ein persönliches Merkmal, dass die Strafbarkeit wegen Totschlags (§ 212 StGB) *verschärft* („Qualifikation") – dann liegt *beim Teilnehmer* nur Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag vor (§ 28 Abs. 2 StGB[10]).
- Oder § 211 StGB ist ein selbstständiges Delikt, dann hat der Teilnehmer zum Mord angestiftet bzw. dazu Beihilfe geleistet; die Strafe ist lediglich zu mildern (§ 28 Abs. 1

8 Bei *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht (Fn. 5), § 46, fehlt die erste; sie listen auf: Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion.

9 Sie finden sich in der ersten und dritten Gruppe der Mordmerkmale, also (1) „aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen" und (3) „um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken".

10 Die Vorschrift lautet (Hervorhebung J.L.): „Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe *schärfen, mildern oder ausschließen*, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

StGB[11]). Für den Anstifter ist dies besonders hart: Er wird grundsätzlich „gleich einem Täter bestraft" (§ 26 StGB), hier also mit „lebenslänglich". Beim Gehilfen „richtet" sich die Strafe nach der Haupttat; sie ist ebenfalls zu mildern, § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB[12]).

8 Mir erscheint die erste Lösung deutlich **gelungener** (zu dieser Kategorie §§ 33–34): Es ist auf der einen Seite schwer einzusehen, dass jemandem die Beteiligung an einem Mord wegen eines *persönlichen* Merkmals vorgeworfen wird, das er selbst *persönlich* gerade nicht erfüllt. Auf der anderen Seite kann, wenn Mord die Qualifikation des Totschlags ist, ein „qualifizierter", z.B. habgieriger Anstifter eben wegen Anstiftung zum Mord bestraft werden („gleich einem Täter"!), auch wenn beim eigentlichen Täter kein Mordmerkmal vorliegt, wenn dieser also „nur" wegen Totschlags zu belangen ist.[13]

Ein solcher Fall lag der bis heute durchgehaltenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) zu Grunde (er spielt in der Endphase des Zweiten Weltkriegs): Der Anstifter hatte aus Rachsucht wahrheitswidrig behauptet, das Opfer, ein Gendarmeriemeister, habe Fremdarbeiter getötet. Daraufhin wurde dieser von amerikanischen Soldaten erschossen.[14] (Rachsucht ist ein „niedriger Beweggrund" im Sinn des § 211 StGB.)

2. Anspruchskonkurrenzen im Zivilrecht

9 Um es zu wiederholen: Wenn *Ansprüche* miteinander konkurrieren, dann konkurrieren „dahinter" natürlich auch die *Regeln*, aus denen diese Ansprüche abgeleitet werden. Wenn nach einem Autounfall der A vom B Schadensersatz sowohl „aus § 823 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)" als auch „aus § 7 StVG (Straßenverkehrsgesetz)" verlangen kann, dann könnte man ganz naiv fragen, ob er denn zweimal Schadensersatz bekommt. Natürlich ist dies nicht der Fall, vielmehr liegt auch hier lediglich „Idealkonkurrenz" vor.

a) Ansprüche aus Gesetz und aus Vertrag

10 Man unterscheidet ganz grob zwischen Ansprüchen „aus Gesetz" – das sind u.a. die soeben genannten – und Ansprüchen „aus Vertrag". Im ersten Fall ergeben sie sich in der Tat direkt aus dem Gesetz selbst, anders gewendet: Das Gesetz ist der autoritative Text („Rechtsquelle", § 14 Rn. 22), der die Regel ausdrückt. Bei den Ansprüchen „aus Vertrag" ist dies anders. Dort ergibt sich der Anspruch nicht etwa „aus § 433 Abs. 2 BGB", sondern „aus dem Kaufvertrag", den A und B miteinander geschlossen haben. Anders gewendet: Der *autoritative Text*, der die Regeln enthält, aus denen sich der

11 Die Vorschrift lautet (Hervorhebung J.L.): „Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters *begründen*, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern."

12 § 27 Abs 2 StGB lautet: „Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern."

13 Zu allem statt vieler *Christoph Safferling*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, Vorbemerkung zu § 211 Rn. 3 bis 7.

14 BGHSt 1, 368 – „Standrechtliche" Erschießung durch amerikanische Soldaten im April 1945 (1951) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band, Seite).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anspruch des A auf Zahlung des Kaufpreises und der Anspruch des B auf Lieferung und Übereignung der Kaufsache ergeben, ist das, was *sie selbst* – schriftlich, mündlich oder in sonstiger Weise – vereinbart haben.

Es ist also zumindest ungenau zu schreiben: „Der Anspruch des A auf Zahlung von 1.000 Euro könnte sich aus § 433 BGB ergeben." Es muss heißen: „A könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 Euro aus dem Kaufvertrag vom … haben (§ 433 Abs. 2 BGB)."

Allerdings ist dies häufig nicht viel. Die §§ 433 bis 453 BGB[15] regeln deshalb subsidiär, was in einem Kaufvertrag üblicherweise vereinbart wird, obwohl es nicht ausdrücklich gesagt wird („bitte übereignen Sie mir dieses Mohnbrötchen"). Hinzu kommt all das, woran man meist gar nicht denkt, z.B. an die Folgen bei Schlechtleistung oder an die Verjährung. Die Parteien können allerdings vieles davon auch *anders regeln* (!).[16] 11

Nebenbei: Die Unterscheidung von Ansprüchen „aus Gesetz" und „aus Vertrag" findet sich schon bei Aristoteles. Er unterscheidet bei den „Gegenseitigkeitsverhältnissen" (*synallágmata*![17]) die unfreiwilligen (*ákōn*) von den freiwilligen (*hékōn*) – siehe schon oben § 11 Rn. 37–39).

b) Übliche Konkurrenzen in beiden Bereichen

Sowohl bei Ansprüchen aus Vertrag als auch aus Gesetz kann es nun weitere Konkurrenzen geben. 12

Bei den Ansprüchen „aus Vertrag" gibt es Verträge, die sich gegenseitig ausschließen, z.B. der Dienstvertrag (man schuldet seine Arbeit, §§ 611–630 BGB) und der Werkvertrag (man schuldet einen Erfolg, z.B. dass der Wasserhahn nicht mehr tropft, §§ 631–649 BGB). Manche Verträge können sich derart überschneiden, dass schon das Gesetz eine Regelung trifft. Wenn z.B. der Klempner einen neuen Wasserhahn mitbringt und ihn einbaut, ist dies eine Kombination von Kaufvertrag und Werkvertrag, genannt Werklieferungsvertrag; auf ihn ist grundsätzlich Kaufrecht anzuwenden (§ 650 BGB). Schließlich gibt es sogenannte typengemischte Verträge, am bekanntesten ist der Bewirtungsvertrag im Restaurant (Getränke: Kaufvertrag; Speisen: Werkvertrag; Tisch: Mietvertrag; Bedienung: Dienstvertrag). Wenn es hier zu Schlechtleistungen kommt, ist das jeweils am besten passende Vertragsrecht anzuwenden.

Weiteres schönes Beispiel: Ist der Vertrag mit einem Schönheitschirurgen ein schlichter Dienstvertrag (§ 611 BGB) – dann schuldet der Chirurg seine Dienstleistung, d.h. sein fachgerechtes Bemühen, nicht den Erfolg? Oder ein Behandlungsvertrag (§ 630a BGB) wie beim normalen Arzt (ein neu geschaffener Sonderfall des Dienstvertrags mit weiteren Pflichten gegenüber dem Patienten). Oder ist es eher ein

15 Hinzu kommen Regelungen für besondere Arten des Kaufs (§§ 454–479 BGB), zum Beispiel für den Verbrauchsgüterkauf.

16 Nur in der Fußnote: Manche Vorschriften sind allerdings nicht disponibel, sogenanntes zwingendes Recht. Mittlerweile wohl populärstes Beispiel: Die Möglichkeit des Widerrufs beim Verbrauchervertrag, § 355 BGB. Genauer: Die §§ 355 ff. BGB sind halbzwingend, d.h., nur Abweichungen zu*un*gunsten des Verbrauchers sind unwirksam (§ 361 Abs. 2 Satz 1 BGB).

17 Das „Synallagma" ist Juristen aus der heutigen Dogmatik zum gegenseitigen Vertrag (§§ 320 ff. BGB) ein Begriff, siehe nur *Astrid Stadler*, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl., München 2023, § 320 Rn. 7).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Werkvertrag – geschuldet wird dann, wenn nichts anderes vereinbart ist, ein Werk, das „eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist" (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB)? Oder ein gemischt-typischer Vertrag?[18]

13 Ansprüche „aus Gesetz" gibt es eine ganze Reihe, neben den schon erwähnten Ansprüchen aus unerlaubter Handlung (man sagt auch: aus Delikt) –

§§ 823 ff. BGB: A zerstört eine Vase des B, er hat den Schaden zu ersetzen –

vor allem die sehr wichtigen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung –

§§ 812 ff. BGB: A liefert eine Sache, der Vertrag ist nichtig, A fordert die Sache zurück.

Außerdem gibt es etwa die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, §§ 677 ff. BGB), die Gefährdungshaftung (z.B. § 7 StVG – Straßenverkehrsgesetz) sowie – äußerst diffizil – die Ansprüche im sogenannten Eigentümer-Besitzer-Verhältnis („EBV", §§ 987 ff. BGB). Auch hier muss man beachten, dass sich Ansprüche gegenseitig ausschließen können.

So schließt etwa im EBV der § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB Ansprüche aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) grundsätzlich aus.[19]

14 Schließlich können auch Ansprüche „aus Vertrag" und „aus Delikt" nebeneinander bestehen. Gegen den oben erwähnten Schönheitschirurgen können also, wenn die Operation misslingt, sowohl Ansprüche „aus Vertrag" als auch Ansprüche „aus Gesetz" bestehen, hier aus unerlaubter Handlung wegen Verletzung von Körper und Gesundheit (§ 823 Abs. 1 und auch Abs. 2[20] BGB).

3. Methodologische Überleitung: Drei Arten von Konkurrenz

15 Methodologisch betrachtet kann man bei der Konkurrenz von Ansprüchen (und ganz allgemein von Regeln) im Wesentlichen drei Konstellationen verzeichnen[21]:

- (1) Alternativität/Exklusivität: Die Regel gilt gegenüber anderen Regeln exklusiv, sie schließt andere Regeln aus (bei den Grundrechten werden wir Entsprechendes finden);
- (2) Kumulativität: Regeln ergänzen einander, z.B. Legaldefinitionen einen vollständigen Rechtssatz (dazu schon § 15a Rn. 24–26).

16 Oder es verweist die eine Regel auf eine andere, und es stellt sich dann die Frage, ob sie nur auf deren Rechtsfolge verweist (Rechtsfolgenverweisung) – zum Beispiel Schadensersatz – oder auch auf die Tatbestandsvoraussetzungen der anderen

18 Nach *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 168; die h.M. bejaht einen Behandlungsvertrag.

19 Wortlaut des § 993 Abs. 1 BGB: „Liegen die in den §§ BGB § 987 bis BGB § 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so hat der Besitzer die gezogenen Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben; im Übrigen ist er weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatz verpflichtet."

20 Wortlaut: „Die gleiche Verpflichtung [zum Schadensersatz] trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt."

21 Dies in Anlehnung an *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 18), Rn. 168–174.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel, zum Beispiel Verschulden (Rechtsgrundverweisung). Wann was der Fall ist, ergibt sich oft nicht schon eindeutig aus dem Wortlaut der Regeln selbst, es muss daher durch Interpretation ermittelt werden. (Und die Studenten müssen insoweit den „Streitstand" möglichst gut kennen). Zwei Beispiele aus dem Recht der „GoA"[22]:

> **Rechtsfolgenverweisung**: „Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben" (§ 684 BGB).
>
> **Rechtsgrundverweisung**: „Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen [d.h. nur bei Verschulden] und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich" (§ 682 BGB).

Im Ergebnis gelangt man auf diese Weise gelegentlich zu den typischen „Paragraphenketten" des BGB, die wir schon einmal erwähnt haben (§ 15c Rn. 44). Nach welcher Methode sie im Großen gebildet und aufeinander abgestimmt werden – Stichwort Systembildung –, das ist eine hohe Kunst und sozusagen der Gipfel der „normalen Dogmatik" (mehr dazu unten § 19 III). 17

– (3) Parallelität: Mehrere Regeln sind nebeneinander anwendbar, zum Beispiel Ansprüche aus Gesetz und aus Vertrag oder auch die vielen Gesetze des Verwaltungsrechts, die bei Bauvorhaben zu beachten sind (neben dem eigentlichen Baurecht etwa Denkmal- und Naturschutzrecht, Wasserrecht etc.).[23] 18

Dass für diese vielen Anforderungen nicht immer ebenso viele Genehmigungen ebenso vieler Behörden erteilt werden müssen, vermeidet z.B. § 13 BImSchG (Bundesimmissionsschutzgesetz)[24] – sogenannte Konzentrationswirkung bei der Genehmigung genehmigungsbedürftiger Anlagen.[25]

Dies leitet zwanglos über zum Öffentlichen Recht.

4. Kompetenzkonkurrenzen im Öffentlichen Recht

Die Gesetzeskonkurrenzen, um die es im Öffentlichen Recht geht, betreffen nicht ausschließlich, aber doch typischerweise die Zuordnung von *Kompetenzen* – Kompetenz im doppelten Sinn: Welcher Hoheitsträger ist für eine bestimmte Aufgabe *zustän-* 19

22 *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 5), Rn. 445, 444.

23 *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 5), Rn. 170.

24 Wortlaut: „Die Genehmigung schließt andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen mit Ausnahme von Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördlichen Entscheidungen auf Grund atomrechtlicher Vorschriften und wasserrechtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen nach § 8 in Verbindung mit § 10 des Wasserhaushaltsgesetzes."

25 Welche Anlagen das sind, ergibt sich aus der 4. BImSchV; aktuelle Fassung: „Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2017 (BGBl. I S. 1440), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 12. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1799) geändert worden ist".

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dig, aber auch: wie weit gehen dabei seine Befugnisse (weniger juristisch formuliert: wozu ist er dabei rechtlich *fähig*)?

a) Polizei und Ordnungsbehörden

20 Beides kann man am sogenannten „Polizeirecht" oder auch – je nach Bundesland – „Polizei- und Ordnungsrecht" studieren. Gemeint ist damit das Recht der *Gefahrenabwehr* (die Verbrechensverfolgung durch die Kriminalpolizei gehört also gerade nicht dazu!).

21 Für diese Gefahrenabwehr sind, was die *Zuständigkeiten* angeht, in allen Bundesländern zwei Arten von Behörden zuständig – die allerdings je nach Bundesland anders bezeichnet werden. In einigen Ländern gibt es die „Ordnungsbehörden" (Bauaufsicht, Straßenverkehr etc. etc.) und die „Polizei" (also die meist uniformierten Polizisten) – so etwa in Mecklenburg-Vorpommern (§ 2 SOG M-V – Sicherheits- und Ordnungsgesetz). In anderen Ländern nennt man das Gleiche zum einen die „Polizeibehörden" (salopp manchmal „graue Polizei" genannt), zum anderen den „Polizeivollzugsdienst" – so etwa in Sachsen[26] (salopp: „grüne" oder „blaue" Polizei, je nach Farbe der Uniform im Bundesland). Welche dieser beiden konkurrierenden Behörden ist dann aber zuständig, wenn zum Beispiel von einem Haus das Gesims auf den Gehweg zu bröckeln droht?

> Insoweit war die Abgrenzung der Zuständigkeit in früherer Zeit klar: Im Grundsatz sind die Polizeibehörden zuständig, und der „Polizeivollzugsdienst nimmt die polizeilichen Aufgaben wahr, wenn ein sofortiges Tätigwerden erforderlich erscheint" (§ 60 Abs. 1 und 2 SächsPolG – Sächsisches Polizeigesetz – in der Fassung bis 31.12.2019). Mittlerweile sind beide Seiten verpflichtet, „bei der Gefahrenabwehr zusammenzuarbeiten" und sich „unverzüglich über alle Vorgänge zu unterrichten, die für die Erfüllung ihrer [jeweiligen] Aufgaben erforderlich sind".[27]
>
> Entsprechend heißt es auch in Mecklenburg-Vorpommern: „Die Ordnungsbehörden und die Polizei arbeiten im Rahmen ihrer sachlichen Zuständigkeit zusammen und unterrichten sich gegenseitig über Vorkommnisse und Maßnahmen von Bedeutung" (§ 11 SOG M-V).[28] Wer das letzte Wort hat – und damit die Verantwortung trägt –, bleibt also offen.

---

26 Ehedem § 64 SächsPolG. – Seit 2020 regeln dies *zwei* Gesetze, bei deren amtlicher Abkürzung man nicht mehr sofort erkennt, dass es um Polizei geht: § 1 SächsPBG (Sächsisches Polizeibehördengesetz) und § 97 SächsPVDG (Sächsisches Polizeivollzugsdienstgesetz). Vermutlich wurde die Aufteilung nötig wegen der extremen Vermehrung von Vorschriften für die Befugnisse des Polizeivollzugsdienstes zur Datenverarbeitung (§§ 53–96 SächsPVDG). § 40 Abs. 1 SächsPBG erklärt einiges davon für entsprechend anwendbar.

27 So mit unterschiedlichen Formulierungen § 4 SächsPBG (erstes Zitat) und § 102 SächsPVDG (zweites Zitat).

28 Weiter heißt es dann durchaus sinnvoll: „Näheres, insbesondere über die Zusammenarbeit im Rahmen der Vollzugshilfe, regelt das Ministerium für Inneres, Bau und Digitalisierung im Einvernehmen mit dem fachlich zuständigen Ministerium durch Verwaltungsvorschrift." – Verwaltungsvorschriften sind abstrakt-generelle Regeln, die grundsätzlich nur innerhalb der Verwaltung gelten, nicht also im Außenverhältnis zum Bürger oder sonstigen Rechtsunterworfenen (siehe nur *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 24). – „Grundsätzlich" bedeutet im

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Was die „*Fähigkeiten*“ angeht, also die Befugnisse der Polizei (und Ordnungsbehörden), gilt zunächst in allen Bundesländern der Satz: „Kein Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis“.[29] Salopp gesagt: Der Zweck der Gefahrenabwehr rechtfertigt nicht jedes Mittel. Allerdings gibt es dann sehr wohl in allen Ländern eine sogenannte polizeiliche Generalklausel, die in unterschiedlicher Formulierung im Wesentlichen besagt, dass die Polizei (bzw. die Ordnungsbehörde) die „notwendigen“ oder „erforderlichen“ Maßnahmen zur Gefahrenabwehr treffen darf (§ 13 SOG M-V, § 12 Abs. 1 SächsPBG, § 12 Abs. 1 SächsPVDG). 22

Jedoch stellt sich dann die Frage, wie sich diese generelle Befugnis (Kompetenz) zu Spezialbefugnissen verhält, also etwa zu der Befugnis, eine gefährliche Person aus einer gemeinsamen Wohnung zu verweisen (ehedem § 21 Abs. 3 SächsPolG), den Standort eines Smartphones zu ermitteln (§ 33f Abs. 1 Nr. 2 SOG M-V) oder einen Geiselnehmer zu erschießen (§ 109 Abs. 1 Satz 2 SOG M-V, ehedem § 34 Abs. 2 SächsPolG; in § 44 SächsPVDG fehlt eine entsprechende Regelung). 23

Hier ist das sächsische Recht klarer: Die erwähnten § 12 SächsPBG und § 12 SächsPVD (Generalklausel) enthalten den Zusatz „… soweit die Befugnisse nicht besonders geregelt sind“. In Mecklenburg-Vorpommern muss man auf den allgemeinen Grundsatz rekurrieren, dass das spezielle Gesetz (die Spezialbefugnis) dem allgemeinen Gesetz (der Generalklausel) vorgeht[30] (*lex specialis derogat legi generali*, dazu sogleich unter II).

Die „examensrelevanteste“ Spezialregelung findet sich übrigens nicht im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, sondern im Versammlungsrecht: Das Versammlungsgesetz (VersG) schließt, nicht zuletzt wegen seiner Verankerung in Art. 8 GG (Grundgesetz), das allgemeine Polizeirecht aus. Eine Versammlung („Demo“) darf deshalb nur aus den im VersG genannten Gründen verboten oder aufgelöst werden; man nennt dies die „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts.[31] 24

b) Bund und Länder; oder auch: Kompetenz geht vor Gleichheit

Das wohl bekannteste Beispiel für Konkurrenz im Öffentlichen Recht ist die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Daher nur kurz: Im Grundsatz sind die Länder zuständig, es sei denn, das Grundgesetz verleiht dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz (Art. 70 Abs. 1 GG). Derartige Kompetenzen können dem Bund sodann entweder als ausschließliche Befugnis zugeteilt werden, d.h., die Länder haben auf diesem Gebiet keine eigene[32] Gesetzgebungskompetenz (Art. 71 GG); oder als „konkurrierende“ Befugnis, so dass auch die Länder tätig werden 25

juristischen Sprachgebrauch: „nur im Grundsatz, es gibt Ausnahmen“; im Fall der Verwaltungsvorschriften: eine Außenwirkung kann sich ausnahmsweise ergeben aus dem Gleichheitssatz.

29 Er wird allerdings in einigen Ländern mehr (Bayern) und anderen Ländern weniger (Baden-Württemberg) betont.

30 *Heinrich Lang*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern. Studienbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, § 5 Rn. 35.

31 *Lang*, Polizei- und Ordnungsrecht (Fn. 30), § 5 Rn. 283.

32 Wohl aber kann ein Bundesgesetz sie ihnen einräumen, Art. 71 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

können, „solange und soweit" der Bund es nicht tut (Art. 72 GG). In diesem zweiten Fall war die Regelung des Grundgesetzes ursprünglich erheblich einfacher als heute.[33]

In unserem Kontext müssen die Einzelheiten nicht interessieren. Erwähnt werden muss allerdings, dass sich in der Praxis das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Art. 70 ff. GG zu Gunsten des Bundes und zu Lasten der Länder umgekehrt hat.

26 Stattdessen soll, sozusagen einen Schritt weiter, eine allgemeine Kollisionsregel herausgestellt werden, die sich an dieser Stelle besonders deutlich aufzeigen lässt:

Kompetenz kommt vor Gleichheit.

Mit anderen Worten: Man kann einem Hoheitsträger nur vorwerfen, innerhalb seines *eigenen* Kompetenzbereichs bestimmte Sachverhalte ungleich zu behandeln – etwa Männer und Frauen bei der Besoldung von Beamten. Nicht aber kann zum Beispiel ein Professor aus Mecklenburg-Vorpommern gegen sein Land mit Erfolg darauf klagen, ebenso gut bezahlt zu werden wie ein vergleichbarer Kollege (Dienstalter, Anzahl der Rufe[34]) in Bayern.

Zum Gleichheitssatz des Art. 3 GG („Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich") schon oben § 15b Rn. 3–4, 79–82.

c) Grundrechtskonkurrenzen

27 Was haben Grundrechte mit Kompetenzen zu tun? Sie sind, wie man treffend gesagt hat, für den Staat „negative Kompetenzbestimmungen",[35] das heißt: Es gibt Bereiche, für die der Staat *nicht zuständig* ist, zum Beispiel für die Frage nach der richtigen Religion, deshalb die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. In diesen Bereichen darf er dem Handeln der Bürger lediglich und gleichsam von außen „Schranken" setzen – dafür ist er denn *doch zuständig*. Wozu er insoweit *fähig* ist, wie weit mit anderen Worten seine Befugnisse gehen, ist je nach Grundrecht unterschiedlich geregelt.[36] Die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) kann zum Beispiel nur durch ein „allgemeines Gesetz" beschränkt werden (Art. 5 Abs. 2 GG), das heißt

---

33 Es gab weder die Abweichungskompetenz des Art. 72 Abs. 3 GG noch die „Ping-Pong-Kompetenz" des Art. 84 Abs. 1 GG.

34 Für Nicht-Akademiker: Wenn man sich als Professor um eine Stelle an einer Universität bewirbt, muss in aller Regel ein kompliziertes Verfahren durchlaufen werden, in dem mehrere Bewerber in einem Wettbewerb gegeneinander antreten. Wer am Ende gewinnt, erhält am Ende einen „Ruf" an die Universität, also ein Angebot, mit ihr darüber zu verhandeln, was sie ihm bieten kann und will. Diesen Ruf kann er dann annehmen oder ablehnen – zumal ihm, falls er schon eine Stelle hat, seine jetzige Fakultät ein Bleibeangebot unterbreiten kann.

35 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 291.

36 Einzelheiten gehören in die fachspezifische Dogmatik. In Kürze:

(1) Für einige Grundrechte gibt es einen *einfachen Gesetzesvorbehalt*, z.B. Art. 2 Abs. 2 GG: „In diese Rechte [d.h. Leben, körperliche Unversehrtheit, Bewegungsfreiheit] darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden."

(2) Andere Grundrechte stehen unter einem *qualifizierten Gesetzesvorbehalt*, so der im Text erwähnte Art. 5 Abs. 1 GG.

(3) Dann gibt es noch die sogenannten *normgeprägten Grundrechte*, deren „Bereiche" überhaupt erst dadurch entstehen, dass es Gesetze gibt, die sie definieren, so das Eigentum und das Erbrecht, dazu Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG: „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch ein Gesetz, das sich nicht gegen die jeweilige Meinung als solche wendet. Man darf daher ein Neonazi sein und dies auch äußern, solange man dadurch nicht zum Aufruhr anstachelt.

Zum hoch umstrittenen und auch methodologisch spannenden Fall „Wunsiedel/Rudolf-Heß-Gedenkfeier" siehe unten § 27 Rn. 29–37.

Wie ist es nun, wenn mehrere Grundrechte „einschlägig" sind? 28

Insofern gibt es zunächst ganz einfache Fälle: Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG wird seit der berühmten Elfes-Entscheidung[37] derart weit interpretiert, dass sie „eigentlich immer betroffen" ist („allgemeine Handlungsfreiheit als allgemeine Eingriffsfreiheit"). Deshalb tritt Art. 2 Abs. 1 GG hinter die anderen Freiheitsgrundrechte zurück (*Subsidiarität*).[38]

Im Fall Elfes kam als ein solch anderes Grundrecht die Freizügigkeit innerhalb des Bundesgebietes (Art. 11 GG) in Betracht. Sie war allerdings nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nicht einschlägig: Elfes wollte eine Auslandsreise antreten. – Kurz zum Sachverhalt: Elfes hatte sich mehrfach sehr kritisch zur (Ost-) Politik der jungen Bundesrepublik geäußert, und zwar im In- und Ausland. Unter anderem hatte er 1952 auf einem Kongress in Wien eine „Gesamtdeutsche Erklärung" verlesen, die gemeinsam mit Vertretern der ebenso jungen DDR verfasst woden war und folgende Sätze enthielt: 29

> „Immer deutlicher zeigt es sich, daß Bonn die Verfassung und die demokratischen Grundrechte mißachtet, um dem Willen Washingtons nach Aufstellung einer deutschen Armee beschleunigt nachzukommen. Die Völker Europas wissen jedoch aus eigener schmerzlicher Erfahrung, daß schon einmal die Vernichtung der demokratischen Freiheit Deutschlands der Auftakt zur Vernichtung der Freiheit in ganz Europa war. Mögen die Völker die große Gefahr erkennen, die zwangsläufig aus der Politik der Gewalt und Kriegsvorbereitung erwächst. Die Wiederbelebung des deutschen Militarismus bedroht nicht nur Osteuropa, sondern auch die Völker Westeuropas."[39]

Daraufhin wurde dem Elfes ein neuer Reisepass versagt.

Andere Grundrechte schließen sich in ihrem „Anwendungsbereich" (also extensional, siehe oben § 15a Rn. 5, 7–11) gegenseitig aus. Nach h.M. ist dies der Fall bei der Berufsfreiheit des Art. 12 GG (sie schützt den „Erwerb") und der Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG (sie schützt das „Erworbene").[40] 30

(4) Und schließlich stehen manche Grundrechte auf den ersten Blick unter keinerlei Vorbehalt, sie scheinen „*schrankenlose Grundrechte*" zu sein, so die im Text genannte Glaubensfreiheit des Art. 4 GG. Weil es aber nicht sein kann, dass man aus Glaubensgründen andere Menschen erschießt oder Tiere quält, ergeben sich die Schranken aus – sehr treffend so bezeichnetem – „kollidierendem Verfassungsrecht", zum Beispiel aus dem Grundrecht anderer auf Leben und körperliche Unversehrtheit oder, was den Tierschutz angeht, aus Art. 20a GG. (Die ebenfalls verbreitete Bezeichnung „verfassungsimmanente Schranken" erscheint mir weniger geeignet, weil sie das Ergebnis schon vorwegnimmt, statt eine Abwägung zu ermöglichen – so im Fall des religiösen Schächtens, dazu sogleich im Text.)

37 BVerfGE 6, 32 – Elfes (1957) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

38 Statt vieler: *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz, 17. Aufl., München 2022, Art. 2 Rn. 2.

39 BVerwGE 3, 171 (177) – Elfes (1956) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

40 Statt vieler: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz (Fn. 40), Art. 12 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

31 Meist aber können Grundrechte parallel laufen, so etwa die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) und die Meinungsfreiheit (Art 5 Abs. 1 GG). Sie können in Komplizenschaft ein neues Grundrecht erzeugen, so z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m.[41] Art. 1 Abs. 1 GG)[42] mit dem Unterfall des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung[43] oder jüngst das Recht auf schulische Bildung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG)[44]. Schließlich können sie auch kombiniert werden, um sich gegenseitig zu verstärken oder um Lücken zu schließen, so die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG, wenn ein türkischer Metzger seine Schlachttiere aus religiösen Gründen ohne Betäubung ausbluten lassen will, sogenanntes Schächten.[45] (Auf die Berufsfreiheit des Art. 12 GG konnte er sich nicht berufen, weil dies ein Deutschen-Grundrecht ist.) Insgesamt kann man sagen, dass die Maßstäbe, nach denen das Bundesverfassungsgericht mal dies, mal jenes Grundrecht heranzieht (oder auch nicht), kaum vorherzusehen sind – man bedient sich offenbar nach Bedarf.

32 In einem der führenden Grundrechtslehrbücher heißt es, an die Adresse der Studenten gerichtet: „Die gemeinsame Prüfung zweier oder mehrerer Grundrechte, die sich gelegentlich beim BVerfG findet (…), sollte in der Falllösung vermieden werden, die – anders [!] als Urteile des BVerfG [!!] – möglichst große gutachterliche Präzision aufweisen muss."[46]. Dass hierfür als Beleg ein Werk zitiert wird, dessen Mitautor ein (jetzt ehemaliger) Präsident des BVerfG ist,[47] entbehrt nicht einer gewissen Komik.

Und es ist natürlich nur insoweit richtig, als es um eigene Kombinationen der Studenten geht. Wenn es um die Erfindungen des BVerfG geht – Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Recht auf schulische Bildung etc. –, muss man sie natürlich kennen und „in der Falllösung" bringen.[48]

33 Gerade angesichts dieser Unübersichtlichkeit sollte man allerdings eine allgemein anerkannte Regel deutlich hervorheben:

> Wenn mehrere Grundrechte betroffen sind, ist eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt primär an demjenigen Grundrecht zu messen, das die strengsten Anforderungen an deren Befugnisse stellt.[49]

Grundrechte sind eben negative Kompetenznormen.

---

41 Abkürzung für „in Verbindung mit".

42 Erstmals BGHZ 13, 334 – Veröffentlichung von Briefen (1954) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Band, Seite); ein solches Recht war schon zuvor im Gespräch, das Reichsgericht hatte es aber nicht anerkannt.

43 BVerfGE 65, 1 – Volkszählung (1983).

44 BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II (2021).

45 BVerfGE 104, 337 – Schächten (2002).

46 *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 38. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 327 (in der 39. Aufl. von 2023 nunmehr Rn. 330).

47 *Christian Bumke/Andreas Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., Tübingen 2020, Rn. 67–70 – wo es allerdings methodisch sehr sauber zugeht; in der 9. Aufl. (Tübingen 2023) etwas gekürzt (Rn. 70).

48 Differenzierend *Lothar Michael/Martin Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl., Baden-Baden 2023, Rn. 61, 63.

49 So auch *Kingreen/ Poscher*, Grundrechte (Fn. 46), Rn. 326 (in der 39. Aufl. 2023 ist es Rn. 329).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wir werden weiter unten (§ 34 Rn. 67–71) einen Fall erörtern, in dem das BVerfG den strengeren Art. 14 GG mit zumindest unzureichender Begründung zu Gunsten des Art. 12 GG beiseite geschoben hat.[50] Den noch strengeren, weil schrankenlos gewährleisteten Art. 9 GG – Vereinigungsfreiheit – hat das Gericht sogar völlig unter den Tisch fallen lassen.[51] Man muss die Entscheidung daher aus methodologischer Sicht als **misslungen** bezeichnen.

d) Bundesrepublik und Europa; oder auch: die Dicker-Hund-Theorie

Besonders deutlich ging und geht es um Kompetenzkonflikte immer wieder im Verhältnis der Bundesrepublik zur Europäischen Union – EU – als deren Mitgliedstaat. Hier gilt, anders als im Verhältnis von Bund und Ländern,[52] das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das heißt, die EU darf nur dort tätig werden, wo ihr diese Befugnis ausdrücklich verliehen wurde. Außerhalb dieser Befugnis handeln die entsprechenden Organe *ultra vires*, wörtlich: über ihre „Kräfte" hinaus.[53] 34

Besonders heikel (und für die juristische Methodenlehre besonders interessant) ist dabei das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Insoweit gab und gibt es von Seiten des BVerfG im Hinblick auf die Grundrechte die berühmte „Solange-Rechtsprechung" – sie ist aus den Leitsätzen des Gerichts unmittelbar verständlich (Hervorhebungen J.L.): 35

> „Solange I": „**Solange** der Integrationsprozeß der Gemeinschaft **nicht** so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist (…) die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das **Bundesverfassungsgericht** im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn (…)."[54]
>
> „Solange II": „**Solange** die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die **Rechtsprechung des Gerichtshofs** der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das **Bundesverfassungsgericht** seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht (…) **nicht mehr**

50 BVerfGE 161, 63 – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022).

51 Nur angedeutet bei *Joachim Lege*, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz? Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung" an Windkraftanlagen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2019, 1000–1005 (1001).

52 Anders, weil die Europäische Union keine eigene (autochtone) Hoheitsgewalt hat, so wie Staaten es haben – und sowohl Bund als auch Länder sind eben, anders als die Union, selbst Staaten. Anders gewendet: Alle Hoheitsgewalt der EU ist von den Mitgliedstaaten abgeleitet, und die autoritativen Texte sind die entsprechenden Verträge (s.u. III Rn. 56). Demgegenüber gilt für die (Bundes-) Länder) gemäß Art. 30 GG nur (Hervorhebung J.L.): „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, *soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt.*" Daher hat auch der *Bund selbst* eine eigene, autochtone Hoheitsgewalt (griechisch *autós* = selbst, *chtṓn* = Erde, Erdboden, Territorium).

53 *Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl., München 2021, § 11 Rn. 3–5.

54 BVerfGE 37, 271 – Solange I (1974).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig."[55]

36 Für erhebliche Aufregung hat zuletzt allerdings die Entscheidung des BVerfG von 2020 zum sogenannten PSPP-Programm der Europäischen Zentralbank gesorgt (PSPP = Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten - *Secondary Markets Public Sector Asset Purchase Programme*). Auch hier sprechen die Leitsätze für sich (Hervorhebungen und Ergänzung J.L.):

„1. Stellt sich bei einer **Ultra-vires**- oder Identitätskontrolle die Frage nach der Gültigkeit oder Auslegung einer Maßnahme von Organen, **Einrichtungen** und sonstigen Stellen der **Europäischen Union**, so legt das Bundesverfassungsgericht seiner Prüfung grundsätzlich den Inhalt und die Beurteilung zugrunde, die die Maßnahme durch den Gerichtshof der Europäischen Union erhalten hat.

2. Der mit der Funktionszuweisung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV verbundene Rechtsprechungsauftrag des **Gerichtshofs** der Europäischen Union **endet dort, wo** [s]eine Auslegung der Verträge nicht mehr nachvollziehbar und daher **objektiv willkürlich** ist. Überschreitet der Gerichtshof diese Grenze, ist sein Handeln vom Mandat des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz nicht mehr gedeckt, so dass seiner Entscheidung jedenfalls für Deutschland das gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation fehlt."[56]

37 Grund für die außerordentliche Aufregung war dann freilich gar nicht diese **Regel**, sondern die Tatsache, dass das BVerfG in diesem **Fall** die Entscheidung des EuGH **wirklich** als „objektiv willkürlich" qualifiziert hat. (Üblicherweise stellt das Gericht gern im ersten Schritt strenge Regeln auf und drückt dann im konkreten Fall ein Auge zu.[57]) Die Auffassung des EuGH, so heißt es nun hier,

„verkennt Bedeutung und Tragweite des auch bei der Kompetenzverteilung zu beachtenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV) offensichtlich und ist wegen der Ausklammerung der tatsächlichen Wirkungen des PSPP **methodisch nicht mehr vertretbar**".[58]

Zur Kategorie der Vertretbarkeit siehe unten § 33 II.

38 Gegen diese Schlussfolgerung ist aus Sicht der Methodenlehre nicht nur nichts einzuwenden. Sie ist sogar zu begrüßen, denn Regeln gewinnen nur dann Wirklichkeit, wenn sie konsequent angewendet werden.[59]

Man beachte aber genau: „*Objektiv* willkürlich", „*objektiv* nicht-vertretbar" – aus der *subjektiven* Sicht des BVerfG! Man kann die Sache, das weiß auch das BVerfG,

55 BVerfGE 73, 339 – Solange II (1986).

56 BVerfGE 154, 17 – PSPP-Programm der EZB (2020). – EUV = Vertrag über die Europäische Union.

57 Klassisches Beispiel: BVerfGE 62, 1 – Bundestagsauflösung I/Vertrauensfrage Kohl (1983); dazu bereits oben § 15a Rn. 77–80 und § 16 Rn. 48 f.

58 BVerfGE 154, 17 (96) – PSPP-Programm der EZB (2020).

59 Nichtsdestoweniger haben eine ganze Reihe von deutschen Öffentlichrechtlern diese Entscheidung jüngst zu einer der misslungensten Entscheidung des BVerfG gekürt, siehe *András Jakab*, Rundfrage zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, in: (österreichische) Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZÖR) 2022, 467–484 (477; es waren die Kollegen Bohne, Ipsen, Petersen und Schefold); mehr zu dieser Umfrage § 33 I und § 34 I.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anders sehen, und der EuGH *hat es* – hoffentlich! – anders gesehen (anderenfalls wäre es von seiner Seite Rechtsbeugung gewesen!).

Hier gilt dann also wieder: Kompetenz geht vor Wahrheit.

II. Die üblichen Kollisionsregeln bei Widersprüchen

Bei den soeben erörterten „Konkurrenzen" ging es darum, Regeln aufeinander abzustimmen, die im Hinblick auf das angestrebte Ergebnis – eine Bestrafung, einen Anspruch im Zivilrecht, eine Zuständigkeit im Öffentlichen Recht – verschiedene Begründungen liefern. Im Folgenden geht es nun um die Konstellation, dass Regeln einander im Ergebnis widersprechen („Kollisionen"). Insofern gibt es eine ganze Reihe von mehr oder weniger einfachen „Regeln über den Umgang mit Regeln". 39

1. Geltungsvorrang und Anwendungsvorrang

Die ersten beiden Kollisionsregeln sind dort angebracht, wo man sich die Rechtsordnung als einen Stufenbau vorstellt, in dem die „Normen" (Regeln und Befehle) niedrigeren Ranges ihre Geltung – also ihre normative Existenz – aus höherrangigen „Normen" (Regeln oder Befehlen) abzuleiten haben (und sei es der Wille Gottes). 40

Dieser Stufenbau des Rechts (dazu bereits § 11 Rn. 42) begegnet schon im Naturrecht der Antike und des Christentums.[60] Säkularisiert verbinden sich mit ihm die Namen Adolf Julius Merkl (1890–1970) und vor allem Hans Kelsen (1881–1973), kurz: die Reine Rechtslehre. Die Stelle des göttlichen Willens nimmt dort die sogenannte Grundnorm ein, die eigentlich nur besagt, dass man der Rechtsordnung gehorchen soll.[61]

Nebenbei: In der Terminologie („Norm" = Regel, aber auch Befehl; Gesetz, aber auch Einzelakt, insbesondere Verwaltungsakt) bin ich mit Kelsen völlig d'accord.

Dass die bundesdeutsche Dogmatik unter „Normen" nur Gesetze im materiellen Sinn versteht (also nur abstrakt-generelle Regeln), sei aber zur Warnung wiederholt!

Es ist im Grund nur eine andere Formulierung, wenn man das gerade geschilderte Verhältnis der Regeln zueinander als **Geltungsvorrang** der **ranghöheren** „Norm" bezeichnet. Anders gewendet: Eine Norm niedrigeren Ranges darf der höherrangigen Norm nicht widersprechen. Wir kommen auf diesen Geltungsvorrang noch einmal zurück (§ 23 – Die Schemata). 41

Von ihm zu unterscheiden ist – sehr wichtig – der **Anwendungsvorrang** der **rangniedrigeren** „Norm". Zunächst muss, beispielsweise, ein Verkehrszeichen beachtet werden. (Auch hier können wir dahinstehen lassen, ob das Zeichen ein „Gesetz"[62] oder ein Einzelakt ist.) Erst im zweiten Schritt kann man fragen, ob das Verkehrszeichen 42

60 Siehe etwa *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl., Tübingen 2006, S. 139 f. (zur Stoá), 203–209 (zu Augustinus), 233–242 (zu Thomas von Aquin).

61 Klassisch *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), S. 65–69, zitiert nach der Studienausgabe, Tübingen 2008; 2. Aufl., Wien 1960, S. 196–209.

62 Genauer: eine abstrakt-generelle Regelung in der Form einer Rechtsverordnung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dort berechtigterweise steht. Falls es einer ranghöheren Norm widerspricht, stellt sich zudem die Frage, wer dies verbindlich feststellen darf. Bei Verstößen von Gesetzen (im formellen Sinn[63]) gegen das Grundgesetz obliegt dies allein dem BVerfG (Art. 100 GG).

Mehr zum Anwendungsvorrang in § 23 Rn. 6 – mit einem etwas skurrilen Halteverbotsfall. (Bei dem es dann doch auf die „Rechtsnatur" des Verkehrszeichens ankommt: Verwaltungsakte sind anders zu interpretieren als Rechtsverordnungen.)

2. Anwendungsvorrang und „Anwendungsvorrang"

43 Bedauerlicherweise hat das Wort „Anwendungsvorrang" mittlerweile eine Doppelbedeutung erhalten, und zwar im Europarecht. Dort versteht man unter „Anwendungsvorrang" eine nur für den Einzelfall geltende Durchbrechung des nationalen Rechts zu Gunsten des europäischen Rechts. Dieser „Anwendungsvorrang" ist also in Wahrheit ein Geltungsvorrang für den Kollisionsfall.[64] Wir kommen darauf zurück (Rn. 55–77).

Dass man für derart Verschiedenes dasselbe Wort verwendet, ist sehr ärgerlich.[65].

3. Allgemeine Kollisionsformeln

44 Die wohl gängigsten allgemeinen Kollisionsregeln sind sodann diese beiden:

a) Vorrang des speziellen Gesetzes (lex specialis derogat legi generali)

45 Wir haben gesehen, dass der Vorrang des spezielleren Gesetzes vor dem allgemeinen schon in der Antiken Gerichtsrhetorik ansatzweise bekannt war (§ 2 Rn. 15). Allerdings gibt es auch Fälle, in denen *beide* Gesetze das speziellere sein könnten. Beispiel: Wer einen Tyrannen tötet, soll ein Denkmal im *gymnásion*, also den staatlichen Sportanlagen, bekommen. In den staatlichen Sportanlegen dürfen keine Standbilder von Frauen aufgestellt werden. Eine Frau tötet den Tyrannen. Welches ist das speziellere Gesetz?

Fangen wir mit dem Wortlaut an (zu den „Kanones" der Auslegung siehe § 15d): Er hilft nicht weiter. Also historisch: Woran haben die Gesetzgeber wohl jeweils gedacht? Im Fall des Frauenstandbildes offenbar nur daran, dass die jungen Männer im *gymnásion* nicht von ihren Leibesübungen abgelenkt werden sollten (Frauen waren dort nicht zugelassen[66]). Und auch im Fall der Tyrannentötung offenbar nur an Männer – eben weil nur sie im *gymnásion* zugelassen sind. Also kann man sagen:

---

63 Als Gesetze im formellen Sinn bezeichnet man diejenigen Rechtsakte, die von den zuständigen Organen der Legislative (also etwa Bundestag und Bundesrat) im hierfür vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden.

64 Sehr kritisch daher *Shu-Perng Hwang*, Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts, in: Europarecht (EuR) 2016, 355–373; Bedenken auch bei *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 18), Rn. 179; Einordnung als „Kollisionsregel": *Andreas Funke*, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts. Einige Problemfälle und ein Präzisierungsvorschlag, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2007, S. 733–740 (735 ff.).

65 Wohl deshalb setzt denn auch Martin Nettesheim, in: *Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 53), § 10 Rn. 31–35, den „Anwendungsvorrang" in Anführungszeichen.

66 Platon hat deshalb in seiner „Politeía" (meist falsch übersetzt mit „Der Staat") thematisieren müssen, dass in seiner Ideal-Polis die Frauen unter den „Wächtern" ihre sportliche Ausbildung in demselben

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Fall ist – wenn man auf den Willen des historischen Gesetzgebers abstellt – *überhaupt nicht* geregelt, weder speziell noch allgemein. An Frauen hat man schlicht nicht gedacht. So dass der nächste Schritt wäre: Analogie oder Umkehrschluss – betreffend die Tyrannenmordregel? (Es spricht mehr für Letzteres.)

Auf den zweiten Blick also: kein gutes Beispiel …

Oder doch? Mit dem Gesetz zum Tyrannenmord als dem spezielleren Gesetz? Weil es sich auf die weit weniger alltägliche Situation bezieht?

Deshalb nun ein paar leichtere Beispiele: § 212a Abs. 1 und 2 BauGB – Baugesetzbuch – ist eine Spezialregel zu § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung –: Gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens (Spezialfall) haben Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung (wie es die Regel wäre). § 437 BGB – Rechte des Käufers bei Mängeln der Sache – ist eine Spezialregelung gegenüber den Regeln des Allgemeinen Teils, beispielsweise zur Anfechtung wegen eines Irrtums des Käufers über verkehrswesentliche Eigenschaften der Sache (§ 119 Abs. 2 BGB).[67] 46

b) Vorrang des späteren Gesetzes (lex posterior derogat legi prori)

Unproblematisch ist aus heutiger Sicht die Regel, dass das spätere Gesetz dem früheren Gesetz vorgeht – der Gesetzgeber kann seinen Willen schließlich nur nachträglich ändern. Und wenn er dabei einen Widerspruch übersieht, ziehen die Vorfahren den Kürzeren. 47

Selbstverständlich ist dieser Vorrang des späteren Gesetzes freilich nicht. In früheren Zeiten galt vielmehr: Das „gute alte Recht" darf mehr Geltung beanspruchen als spätere Abweichungen. Das hat zu einer ganzen Fülle von Fälschungen geführt – am bekanntesten ist die Urkunde zur sogenannten Konstantinischen Schenkung: Mit ihr hatte Kaiser Konstantin (ca. 270–337) dem Papst angeblich (und ungenau gesagt) den Kirchenstaat geschenkt.[68] Die Fälschung wurde in der Renaissance von Lorenzo Valla (ca. 1405–1457 – kein Jurist!)[69] mit sprachkritischen Methoden aufgedeckt.

Die *lex-posterior*-Regel ist heute allgemein anerkannt. Neuerdings ist sie sogar – ich möchte allerdings sagen: „unecht"[70] – positiviert worden, und zwar im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern (siehe schon oben I 3 b). Bund und Länder haben sich dort offenbar in einigen Fällen nicht einigen können, wem die Oberkompetenz zukommen soll. Folglich dürfen sie sich nunmehr gegenseitig 48

Gymnasion bekommen wie ihre männlichen Kollegen (Buch V 1–6); siehe *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 99.

67 Beispiele bei *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 18), Rn. 207 und 203, der geradezu eine komplette Theorie zum *lex-specialis*-Grundsatz vorlegt.

68 Zur Konstantinischen Schenkung etwa *Dietmar Willoweit/Steffen Schlinker*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Aufl., München 2019, § 8 Rn. 6, auch § 11 Rn. 11.

69 Zu diesem *enfant terrible* der Renaissance siehe *Joachim Lege*, Freiheit und Würde bei Lorenzo Valla (1405/06–1457). Philologische Ergänzungen und eine systemtheoretische Provokation betreffend Gott und die moderne Gesellschaft, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste (Hrsg.), Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance, Tübingen 2008, S. 141–158.

70 „Unecht", weil sich hier *zwei* Autoren zeitlich überbieten können, nicht – wie bei der echten *lex-posterior*-Regel – ein einziger.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

überbieten, und dies immer wieder, so dass die Regel für die sogenannte Abweichungskompetenz der Länder wie folgt lautet:

> **Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG** Auf den Gebieten des Satzes 1 geht im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht das jeweils spätere Gesetz vor.

49 Gemäß **Art. 84 Abs. 1 Satz 3 GG** gilt dies „entsprechend" auch bei einer weiteren, sehr wichtigen Gesetzgebungskompetenz, nämlich der Kompetenz für die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder. Das ist immerhin der größte Teil der deutschen Verwaltungstätigkeit.[71]

Diese Ping-Pong-Kompetenz[72] macht das Recht für die ihm Unterworfenen nicht gerade übersichtlicher.

> Im Grunde ist sie ein Skandal, zumindest ein Zeichen von Unvernunft. Denn Vernunft heißt, Probleme dort lösen, wo sie sich stellen – und ihre Lösung nicht immer wieder neu aufzuschieben.

4. Die Auslegung von Ausnahme-Regeln

50 Als weitere allgemeine Kollisionsregel war lange anerkannt, dass Ausnahmeregelungen eng auszulegen[73] und auch nicht analogiefähig[74] sind. Das dürfte heute weitgehend überholt sein,[75] weil es den Verfassern autoritativer Texte („Normgebern") in vielen Fällen mehr Systemwillen unterstellt, als sie gehabt haben dürften.[76]

---

71 Denn die Gesetze des Bundes, die ja den Hauptanteil des deutschen „Rechtsstoffs" ausmachen – z.B. das Straßenverkehrsgesetz, das Personenstandsgesetz, das Strafgesetzbuch, das Baugesetzbuch, das Bundes-Immissionsschutzgesetz, das Wasserhaushaltsgesetz und unzählige andere – werden zum größten Teil von Behörden der Länder ausgeführt (Art. 84 Abs. 1 GG). Bundesbehörden gibt es sehr viel weniger.

72 Die Metapher „Ping-Pong-Spiel" zuerst wohl bei *Werner Hoppe*, Kompetenz-Debakel für die „Raumordnung" durch die Föderalismusreform infolge des uneingeschränkten Abweichungsrechts der Länder?, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, 144 (145); s. auch *Arnd Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Stand August 2023, Art. 72 Rn. 301–304 (304).

73 Die Regel stammt aus dem Römischen Recht und wird heute im romanischen Rechtskreis – und auch vom EuGH – durchaus noch angewendet; dazu *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 127 f., 144–148, aber auch § 6 Rn. 33–37 mit weiteren Nachweisen; *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 18), Rn. 340–346 mit differenzierender Antwort.

74 So auch *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, § 42.

75 So schon *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin etc. 1983, S. 339 f.: „In dieser Allgemeinheit trifft das nicht zu" (ebenso die 6. Aufl. 1991, S. 355); eingehend auch *Martin Leibiger*, Die souveränitätsfreundliche Auslegung im Völkerrecht, Frankfurt a.M. 2005, S. 252–266. – Zur europäischen Dimension *Karl Riesenhuber*, Die Auslegung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin etc. 2021, § 10 Rn. 62–66, mit dem schönen Hinweis auf Ausnahmen von Ausnahmen, z.B. Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot, das seinerseits eine Ausnahme vom fundamentalen Grundsatz der Privatautonomie ist.

76 Letztlich gehört die Regel nämlich in den Kontext der systematischen Auslegung, so auch *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 73), § 4 Rn. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. „Konforme" Auslegung (mit höherrangigem Recht)

Wir kommen nun zum dritten „großen K" beim Aufeinanderabstimmen von Regeln (nach „Konkurrenz" und „Kollision"): zur Auslegung von niedrigerrangigem Recht in „Konformität" mit höherrangigem Recht. Dies ist methodologisch durchaus etwas Neues (Savigny hat es noch nicht gekannt) und nur vom Verfassungsrecht her zu verstehen. 51

1. Verfassungskonforme Auslegung

Die sogenannte verfassungskonforme Auslegung tritt in ihrem einfachsten Fall dann auf den Plan, wenn eine „Norm" des einfachen Rechts mehrere Deutungsmöglichkeiten zulässt, von denen nur einige (also eine oder mehrere[77]) mit der Verfassung zu vereinbaren sind. In diesem Fall ist es geboten, eine Interpretation zu wählen, die mit der Verfassung in Einklang steht – und nicht etwa die Norm insgesamt für verfassungswidrig zu erklären.[78] 52

Auch hier kann die „Norm" sowohl ein Gesetz (im formellen und im materiellen Sinn) als auch ein Einzelakt sein. Ganz in diesem Sinn hat das BVerfG denn auch in der Elfes-Entscheidung erst das Passgesetz, dann die Versagung des Passes in dieser Weise „durchgeprüft",[79] allerdings ohne das Ganze dort „verfassungskonforme Auslegung" zu nennen. Spätere Entscheidungen haben dies nachgeholt.[80]

Bei der verfassungskonformen Auslegung besteht durchaus die Gefahr, dass eine übermäßig wohlwollende „Auslegung" von Seiten des Gerichts den Willen des Gesetzgebers zumindest verfälscht, wenn nicht konterkariert.[81] Dies ist letztlich – wie so häufig im Öffentlichen Recht – ein Kompetenzproblem.[82] 53

§ 554b ZPO a.F. (Zivilprozessordnung alter Fassung) besagte: Das Revisionsgericht „kann" die Annahme der Revision ablehnen, wenn der Streitwert 40.000 DM nicht übersteigt und die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat. Das BVerfG entschied, die Vorschrift sei „nicht dahin auszulegen [!], daß die Annahme von Revisionen, die im Endergebnis Aussicht auf Erfolg besitzen, abgelehnt werden darf".[83] Im Klartext: Im Fall erfolgversprechender Revisionen gilt statt des „kann" ein „darf nicht" (nämlich abgelehnt werden)! Das BVerfG entschied dennoch zugleich, dass es hiermit die Grenzen verfassungskonformer Auslegung nicht überschreite.[84]

---

77 Dies ist der logische Begriff von „einige", siehe § 5 II Rn. 61 mit Fn. 131: mindestens einer, aber nicht alle.

78 So schon BVerfGE 2, 266 (282) – Notaufnahme (1953).

79 BVerfGE 6, 32 (43) – Elfes (1957); dazu schon oben Rn. 28 f.

80 BVerfGE 8, 71 (77–79) – Rechtsverordnung des „Reichsnährstandes" [!] (1958) –, allerdings in einem „vgl."-Kettenzitat.

81 Sehr kritisch daher *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin 2009.

82 Dazu schon *Hesse*, Grundzüge (Fn. 35), Rn. 82–84.

83 BVerfGE 54, 277 (Leitsatz) - Revisionszulassung (1980).

84 BVerfGE 54, 277 (285, 299 f.) – eine Entscheidung des Plenums, also beider Senate!

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) sieht es anders: Es handelt sich um eine Ergänzung des autoritativen Textes, die allein dem Gesetzgeber zustünde.[85]

54 Besonders häufig wird die verfassungskonforme Auslegung im Bereich der Grundrechte herangezogen – etwa wenn erkannt wird, dass im Straßenrecht die Verteilung von Flugblättern wegen der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG unter den Begriff „Gemeingebrauch" fallen muss, nicht unter den Gegenbegriff „Sondernutzung".[86] Für die Sondernutzung müsste man nämlich eine Erlaubnis beantragen.[87]

Dass auch hier vom Ergebnis her argumentiert wird, ist für die NJML keine Überraschung.

2. „Europarechtskonforme" Auslegung

55 Die Auslegung des nationalen deutschen Rechts „konform" zum Recht der Europäischen Union weist schon deshalb eine Besonderheit auf, weil es im Recht der Union eine besondere Art von autoritativen Texten gibt („Rechtsquellen"), die im nationalen Recht keine Entsprechung hat: die Richtlinien.

In Kürze: Bei der Gesetzgebung der EU gibt es zwei Formen, die Verordnung und die Richtlinie. Die *Verordnungen* sind auch in den Mitgliedstaaten für deren Bürger (und Behörden!) unmittelbar geltendes Recht (Art. 288 Abs. 2 AEUV), z.B. die Novel Food-Verordnung für die Zulassung neuartiger, insbesondere mit Hilfe von Gentechnik hergestellter Lebensmittel.[88] *Richtlinien* richten sich hingegen nur an die Mitgliedstaaten und müssen von diesen noch „umgesetzt" werden, d.h. durch Regelung in nationalen Gesetzen in Geltung gesetzt werden (Art. 288 Abs. 3 AEUV), so etwa die Verbraucherschutzrichtlinie[89] oder auf dem Gebiet des Umweltschutzes die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie[90].[91] (Ob die Bürger unter Umständen dennoch Rechte aus Richtlinien ableiten können, ist eine andere Frage.[92])

Zum sogenannten „Anwendungsvorrang" des Unionsrechts schon oben Rn. 43.

---

85 Siehe dazu schon § 15c Rn. 61 f. mit dem Beispiel der Abschaffung des Bayerischen Senats.

86 Beispiel nach *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 46), Rn. 10; in der 39. Aufl. leider entfallen.

87 Siehe zum Beispiel § 22 Abs. 1 Satz 1 StrWG M-V (Straßen- und Wegegesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern).

88 Verordnung (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 1852/2001 der Kommission.

89 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

90 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen.

91 Am Rande: Mittlerweile gibt es auch umsetzungsbedürftige Verordnungen, z.B. die sog. EU-Notfallverordnung (Verordnung [EU] 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien). Auf der anderen Seite gibt es Richtlinien, die den Mitgliedstaaten kaum noch Umsetzungsspielraum überlassen, insbesondere bei technischen Fragen etwa im Gefahrstoffrecht, s. nur *Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 53), § 9 Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Allgemeines zur „Europäischen Methodenlehre" (ohne EMRK)

Aber auch darüber hinaus ist die europäische Methodenlehre mittlerweile ein sehr weites Feld.[93] Ihr Thema ist zum einen die Auslegung des „eigentlichen" europäischen Rechts, 56

– also (a) die Auslegung des **Primärrechts** der Europäischen Union, bestehend vor allem aus

  (1) dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) von 1992,

  (2) dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) von 2007, hervorgegangen aus den sogenannten Römischen Verträgen zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG, 1957), seit 1993 Europäische Gemeinschaft (EG),

  (3) dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom, 1957)

  (4) der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GR-Charta) von 2007, in Kraft seit dem Vertrag von Lissabon 2009 (Primärrecht gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Halbsatz 2 EUV),

– und (b) die Auslegung des **Sekundärrechts**,

  das sind die auf Grund der Verträge erlassenen Rechtsakte; bereits erwähnt wurden insoweit die Verordnungen und die Richtlinien; hinzu kommen gemäß Art. 288 AEUV Beschlüsse (verbindlich) sowie Empfehlungen und Stellungnahmen (nicht verbindlich).

Zum anderen ist Thema der „Europäischen Methodenlehre" aber auch – und weitaus spannender – die Auslegung des **Rechts der Mitgliedstaaten** im Licht des Rechts der Union. Wir werden sehen, dass sich die Probleme einer „europarechtskonformen" Interpretation im europäischen „Mehrebenensystem" in sehr unterschiedlicher Gestalt zeigen. 57

b) Der effet utile

Zuvor lässt sich aus Sicht der Methodenlehre allerdings ein Aspekt „vor die Klammer ziehen", der den gesamten Umgang mit dem europäischen Recht – genauer: Unionsrecht[94] – prägt: der sogenannte *effet utile*, so wie er vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) im Anschluss an das Völkerrecht entwickelt wurde.[95] Wörtlich übersetzt bedeutet französisch *effet utile* in etwa „nützliche Wirkung", am treffendsten ist wohl die Übersetzung „Effektivitätsgrundsatz". Gemeint ist jedenfalls: Die Normen des europäischen Rechts sollten so ausgelegt werde, dass sie ihren Sinn 58

92 Überblick: *Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 53), § 9 Rndr. 100–112; zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch („Francovich") siehe Rn. 69.

93 Überblick: *Classen/Nettesheim*, Europarecht (Fn. 53), § 9 Rndr. 165–189, wobei Nettesheim ganz zwanglos den heutigen deutschen „Viererkanon" (dazu oben § 15d) anwendet; umfassend *Karl Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021; Habilitationsschrift: *Sebastian A. E. Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen 2013, übrigens mit einem sehr grundlegenden Teil 1.

94 Nicht also die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) von 1950, die ja ein Rechtsakt des Europarats und nicht der EU ist.

95 Umfassend *Michael Potacs*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, in: Europarecht (EuR) 2009, 465–487.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Zweck weitestmöglich erfüllen.[96] Der *effet utile* wird deshalb im Allgemeinen als eine besondere Form der teleologischen Interpretation interpretiert.[97] Er dürfte aber weit mehr sein, nämlich ein **Vorrangprinzip**: Falls nationales Recht und europäisches Recht kollidieren, ist im Zweifel das europäische Recht zu „optimieren".[98]

Zum Begriff des „Prinzips" – im Gegensatz zur „Regel" – sogleich Rn. 84–85.

59 Klassisch ist insoweit der Fall **Alcan** aus dem deutschen Allgemeinen Verwaltungsrecht (im Folgenden recht ausführlich, aber immer noch leicht vereinfacht):

> Die Aluminiumhütte A („Alcan") befindet sich in einer Krise. Das Bundesland L möchte die Arbeitsplätze retten und stellt hierfür Subventionen in Höhe von 8 Mio. DM in Aussicht. A beantragt diese Subvention am 5.2.**1983**.
>
> Am 8.3.**1983** meldet die Europäische Kommission Bedenken an und weist auf die Notwendigkeit eines Unterrichtungsverfahrens gemäß Art. 93 Abs. 3 EGV hin. Dennoch bewilligt das Bundesland L am 9.6.**1983** die ersten 4 Mio. DM. Die Bundesrepublik schaltet die Kommission am 25.7.1983 ein, am 30.11.1983 bewilligt das Land L die zweiten 4 Mio. DM. Erst am **13.12.1983** wird die Firma A davon unterrichtet, dass die Kommission nicht unterrichtet worden sei.
>
> Am **14.12.1985** entscheidet die Kommission, dass die Subvention („Beihilfe") unzulässig sei und dass das Bundesland L sie zurückzufordern habe. Klage wird hiergegen nicht erhoben (vgl. Art. 173 EGV). Dennoch weigert sich das Land L weiterhin, die Beihilfe zurückzuverlangen, teils aus politischen Gründen, teils weil der Vertrauensschutz der Firma A entgegenstehe.
>
> Auf die Klage der Kommission hin entscheidet der EuGH am 2.2.**1989**, die Bundesrepublik und das Land L hätten gegen den EG-Vertrag verstoßen. Daraufhin nimmt das Land L die Bewilligungsbescheide vom 9.6. und 30.11.1983 zurück und fordert die 8 Mio. DM zurück.[99]

Das Problem bestand darin, dass nach deutschem Recht Verwaltungsakte, die eine Geldleistung gewähren, hier der Subventionsbescheid, nicht ohne weiteres aufgehoben werden dürfen – auch nicht, wenn sie wie hier rechtswidrig sind.[100] Eine Rücknahme ist vielmehr unzulässig, „soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist" (§ 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz). Außerdem muss die Rücknahme innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der

96 Grundlegend EuGH Slg. 1976, 497 (517) – Royer (Sammlung der Rechtsprechung des [Europäischen] Gerichtshofes Jahr, Seite [Fundstelle]): *effet utile* bei Umsetzung der Freizügigkeitsrichtlinie; im Anschluss daran EuGH Slg. 1978, 629 (644 f.) – Simmenthal (1978): *effet utile* („volle Wirksamkeit") als Kompetenztitel für das mitgliedstaatliche Gericht (hier den *Pretore von Susa*), nationales Recht, das dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht, im Einzelfall unangewendet zu lassen („Anwendungsvorrang", siehe dazu schon Rn. 42 f.).

97 *Classen/Nettesheim,* Europarecht (Fn. 53), § 9 Rn. 178; *Riesenhuber*, Auslegung (Fn. 75), § 10 Rn. 45.

98 Man hat den *effet utile* daher auch einmal als „eine Art Allzweckwaffe" bezeichnet: *Rüdiger Krause*, Arbeit anytime? Arbeitszeitrecht für die digitale Arbeitswelt, in: NZA-Beilage 2019, 86 (93) (NZA = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht).

99 BVerwG, NVwZ 1995, 703 (Vorlagebeschluss); EuGH Slg. 1997, I-1591 (1607–1625) – Alcan = Juristenzeitung (JZ) 1997, 722 mit Anmerkung von *Claus Dieter Classen*; abschließend BVerwGE 106, 328 – Alcan (1998).

100 Allgemein zu Rücknahme und Widerruf unionsrechtswidriger Verwaltungsakte *Annette Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Baden-Baden 2023, § 16 Rn. 33–35.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Behörde von der Rechtswidrigkeit erfolgen, § 48 Abs. 4 VwVfG (die Einzelheiten sind umstritten[101]) – diese Frist hatte das Land locker verstreichen lassen.

Der EuGH hat sowohl den Vertrauensschutz verneint (ein Unternehmen dieses Zuschnitts darf sich nicht blind auf die Behörden verlassen!), und erst recht hat er die nicht ganz unverdächtige Fristversäumnis seitens des Landes für unbeachtlich erklärt: 60

> „Andernfalls würde die Rückforderung der zu Unrecht gezahlten Beträge praktisch unmöglich gemacht und den Gemeinschaftsvorschriften über die staatlichen Beihilfen jede praktische Wirksamkeit genommen."[102] (Die „praktische Wirksamkeit" meint natürlich den *effet utile*).

c) Primärrechtskonforme Auslegung

Bei der primärrechtskonformen Auslegung lassen sich zwei Varianten unterscheiden. Die erste betrifft die Auslegung von **europäischem** Sekundär- und Tertiärrecht, also von Rechtsakten, die europäische Organe aufgrund der Verträge erlassen. Sie ähnelt der verfassungskonformen Auslegung, zumal wenn man die Verträge als die „Verfassung der Union"[103] versteht. Bei der zweiten Variante geht es um die Auslegung des **nationalen** Rechts der Mitgliedstaaten in Konformität mit dem Primärrecht. 61

Methodologisch werden beide Bereiche leicht unterschiedlich beurteilt. Die primärrechtskonforme Auslegung von *Unionsrecht* (Sekundärrecht und weiterem davon abgeleiteten Unionsrecht) wird als „interpretatorische Vorrangregel" qualifiziert und zudem der systematischen und objektiv-teleologischen Auslegung zugeschlagen.[104] Die primärrechtskonforme Auslegung *mitgliedstaatlichen* Rechts wird zunächst ebenfalls als *interpretatorische* Vorrangregel interpretiert, sodann allerdings zusätzlich zu einer *derogatorischen* Vorrangregel verschärft: Primärrecht kann entgegenstehendes nationales Rechts außer Kraft setzen, und zwar schon in der Hand des Rechtsanwenders („Anwendungsvorrang", siehe oben Rn. 43). Über die Primärrechtswidrigkeit muss also, mit anderen Worten, nicht erst der EuGH oder das Bundesverfassungsgericht entscheiden.[105]

Man sieht: Es ist wieder eine Kompetenzfrage.

Wohl deshalb will man denn auch die primärrechtskonforme Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts nicht als Erscheinungsform der systematischen Auslegung verstehen, sondern als einen „eigenständigen Auslegungskanon".[106] 62

> Aus Sicht der NJML ist die Frage, ob es sich bei der primärrechtskonformen Auslegung – oder auch bei der verfassungskonformen Auslegung – um einen „eigenständigen" Kanon handelt, eine Frage von eher akademischem Interesse. Anders gewendet: Es ist eine Frage der Terminologie, nicht der Sache selbst. Wenn man es so will, mag man unter „systematischer Auslegung" allein das Aufeinanderabstim-

---

101 … und ein beliebter Examensstoff! – Siehe etwa *Guckelberger*, Verwaltungsrecht (Fn. 100), § 16 Rn. 20–23.

102 EuGH Slg. 1997, I-1591 (1607–1625), Rn. 37 -Alcan.

103 Ein echter „Vertrag über eine Verfassung für Europa" (VVE) von 2004 ist allerdings nicht in Kraft getreten.

104 So *Stefan Leible/Ronny Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 8 Rn. 27–28.

105 *Leible/Domröse*, Primärrechtskonforme Auslegung (Fn. 104), § 8 Rn. 52, 60.

106 *Leible/Domröse*, Primärrechtskonforme Auslegung (Fn. 104), § 8 Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

men von Normen gleichen Ranges verstehen – dann kann man hierzu gerade eben noch die „normale" verfassungs- oder primärrechtskonforme Auslegung zählen: Sie trifft als „interpretatorische Vorrangregel" lediglich eine Auswahl unter mehreren Auslegungsvarianten der niederrangigen Norm. Versteht man unter „systematischer Auslegung" hingegen auch die Beachtung des Geltungsvorrangs, zählen die verfassungs- und die primärrechtskonforme Auslegung selbst dann dazu, wenn sie als „derogatorische Vorrangregel" eine niederrangige Norm verdrängen.

Allerdings ist es dann eigentlich mit der „Konformität" vorbei: Die mitgliedstaatliche Norm muss weichen, eben weil sie *nicht* konform ist!

63 Wie auch immer: All dies ist eine Frage der Terminologie, die uns, normativ betrachtet, freigestellt ist. Die Kanones sind kein autoritativer Text (keine „Rechtsquelle"), deshalb kann man gern auch mehr als vier davon haben und bei der Zuordnung mancher Argumente zu diesem oder jenem Kanon unterschiedlicher Meinung sein. Entscheidend ist, was praktisch aus dieser Zuordnung folgt.

d) Richtlinienkonforme Auslegung (besser: Interpretation)

64 Angesichts dessen, dass die Richtlinien der Europäischen Union eine völlig neue Art von autoritativen Texten („Rechtsquellen") sind, nimmt es nicht wunder, dass sie auch methodisch neue Probleme – oder sagen wir: neue Perspektiven eröffnen. Das Gute daran ist: Auf diese Weise wird immer wieder explizit über Methode nachgedacht, insbesondere von den Gerichten. Vor allem aber wird immer wieder bewusst: Die Grenze dessen, was man als Jurist (hier: als nationales Gericht und als nationaler Gesetzgeber) rechtlich darf, bestimmt die Methode. Anders gewendet: Rechtlich erlaubt ist alles, aber auch nur alles, was methodisch „noch geht".

Zur sensationellen Entscheidung des BVerfG im Verfahren zum PSPP-Programm der Europäischen Zentralbank[107] schon oben bei Rn. 36–37 („objektive Willkür" beim EuGH).

aa) Das Aufeinanderabstimmen verschiedener Methodenverständnisse

65 Das Besondere an der Auslegung nationalen Rechts im Licht der Richtlinie besteht nun darin, dass hier nicht nur die autoritativen Texte („Regeln") miteinander kollidieren können. Es können sich vielmehr auch die „ungeschriebenen Regeln" der jeweiligen nationalen Methodenlehren unterscheiden. Folglich kann möglicherweise das, was in dem einen Mitgliedstaat an richtlinienkonformer Auslegung (oder Interpretation) „noch geht", in einem anderen Mitgliedstaat „nicht mehr gehen".

Praktisch führt dies zu zwei Fragen. Erstens: Handelt es sich bei dem Unterschied zweier nationaler „Methodenlehren" – sagen wir besser: zweier allgemein akzeptierter nationaler Methoden**verständnisse** – um einen Unterschied in der Sache oder nur um einen Unterschied in der Terminologie? Zum Beispiel kann man unter dem Begriff „Auslegung" in einem engen Sinn nur das verstehen, was sich innerhalb der Grenzen des Wortlauts hält („Auslegung I"), und jenseits davon beginnt die „Rechtsfortbildung" – so die deutsche Doktrin. Oder man versteht unter „Auslegung" beide Bereiche („Aus-

107 BVerfGE 154, 17 – PSPP-Programm der EZB (2020).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

legung II") und nennt dies dann „Interpretation" – so die französische Doktrin.[108] Solche terminologischen Differenzen kann man relativ leicht bereinigen.

Dass man Doppeldeutigkeiten auch in einer Weise nutzen kann, die „nicht mehr geht", werden wir weiter unten sehen (§ 34 Rn. 28–40, Stichwort „Erinnerung").

Die zweite Frage lautet dann aber: Nehmen wir an, die europäischen Instanzen halten 66
eine bestimmte Auslegung eines nationalen Gesetzes für nicht mehr richtlinienkonform, die nationalen Instanzen aber – auf der Grundlage ihres Methodenverständnisses – sehr wohl. Wer hat Recht? Das BVerfG hat dies sehr klar und richtig wie folgt auf den Punkt gebracht:

„Ob und inwieweit das innerstaatliche Recht eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung zulässt, können nur innerstaatliche Gerichte beurteilen."[109]

Erneut zeigt sich also: Kompetenz geht vor Wahrheit (s.o. Rn. 38).

bb) Die Umsetzung durch den Gesetzgeber: drei Konstellationen

Näherhin gilt: Wenn ein Gericht in die Verlegenheit kommt, über die „richtlinienkon- 67
forme" Auslegung eines Gesetzes nachzudenken, das eine Richtlinie umsetzt, lassen sich im Wesentlichen drei Konstellationen unterscheiden:

(1) Die sprachliche Fassung des Gesetzes, mit dem der nationale Gesetzgeber die Richtlinie umgesetzt hat, ist mehrdeutig, und nur einige – also eine oder mehr – Auslegungsvarianten sind mit der Richtlinie vereinbar. Dann ist diejenige Variante zu wählen, die der Richtlinie entspricht („interpretatorische Vorrangregel", dazu auch schon Rn. 61–62).[110] Gibt es mehrere richtlinienkonforme Varianten, ist diejenige zu bevorzugen, die das Ziel der Richtlinie am besten verwirklicht (*effet utile*, s.o. Rn. 58–60).

(2) Die Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber ist defizitär, sei es, dass er 68
nicht gut informiert war, er sich über den Inhalt der Richtlinie irrte oder ihm ein handwerklicher Fehler unterlaufen war: Dann darf das Gericht dies „richtlinienkonform" korrigieren – zur Not auch gegen den Wortlaut (*contra legem*).[111]

In der antiken Rhetorik hätte man dies unter dem Status *scriptum et voluntas* („Geschriebenes und Wille") verhandelt: Der Gesetzgeber kann nicht gewollt haben, dass ein Fremder, der bei der Verteidigung der Stadt Heldentaten vollbracht hat, wegen Betretens der Stadtmauer zum Tode verurteilt wird.[112]

Der BGH versteht den Begriff des contra-legem-Judizierens ohnehin „funktionell" als den „Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen

---

108 *Wulf-Henning Roth/Christian Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 13 Rn. 17–20.

109 BVerfGK 19, 89 (100) – Haustürwiderrufsgesetz (2011) (Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]) mit Hinweis auf die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 11. November 2004, Rs. C-105/03, Pupino, Slg. 2005, S. I-5285 Rn. 39, m.w.N.

110 *W.-H. Roth/Jopen*, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 46.

111 So wohl auch *W.-H. Roth/Jopen*, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 63, 66–67; siehe aber auch allgemein zur contra-legem-Auslegung Rn. 36–39.

112 Siehe oben § 2 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Methoden unzulässig ist" und kommt dann z.B. mit Hilfe der (national zulässigen) teleologischen Reduktion zum richtlinienkonformen Ergebnis – allerdings erst nach Vorab-Entscheidung des EuGH.[113]

69 (3) Der Gesetzgeber hat die Richtlinie bewusst falsch oder gar nicht umgesetzt. In diesem Fall wäre das Gericht nach deutschem Methodenverständnis an den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers gebunden und dürfte wegen seiner Bindung primär an das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG) eigentlich nicht contra legem entscheiden.[114] Der EuGH verlangt dennoch, dass das nationale Gericht, „wenn es ihm nicht möglich ist, das einschlägige nationale Recht im Einklang mit … der Richtlinie … auszulegen, verpflichtet ist, im Rahmen seiner Befugnisse … für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet lässt."[115]

Unter Umständen kann dann auch die Richtlinie unmittelbar angewendet werden. Klassischer Fall: Francovich. In Italien war die Richtlinie zum Schutz der Arbeitnehmer bei Konkurs des Arbeitgebers nicht umgesetzt worden. Der EuGH hat dem betroffenen Arbeitnehmer Francovich daher einen Anspruch gegen den Staat auf Ersatz seines Vermögensschadens zugebilligt – unmittelbar aus Unionsrecht (gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch).[116]

Im Detail gibt es weitere Konstellationen, hier geht es nur um die groben Linien.

e) Einige Kuriositäten

Im Übrigen gibt es im Bereich der unionskonformen Auslegung einige Kuriositäten, die dem Leser dieser Methodenlehre nicht vorenthalten werden sollen.

aa) Die acte-clair-Doktrin

70 Die erste Kuriosität besteht darin, dass die deutschen Gerichte bei der unionskonformen Auslegung eine Argumentationsfigur verwenden, die in Deutschland sonst nicht üblich ist, sondern aus dem französischen Recht stammt (vielleicht in der Tradition von Descartes?[117]). Gemeint ist die *acte-clair*-Doktrin: Wenn der Wortlaut einer Norm

113 BGHZ 179, 27 (Rn. 21–35) – „Herd-Set" vom Quelle-Versand (2008) (nicht *Head*-set!) – ein **Klassiker**. Im konkreten Fall hatte der (Versand-)Verkäufer des mangelhaften Herdes einen neuen Herd geliefert und für die Nutzung des zurückgewährten Herdes ein Entgelt verlangt. Nach den Vorschriften des BGB stand ihm dieser Anspruch zu, umstritten war aber, ob dies einer Verbraucherschutz-Richtlinie widersprach. Der deutsche Gesetzgeber hatte dies ausdrücklich verneint, der EuGH hat es – auf Vorlagebeschluss des BGH – bejaht. Daraufhin legte der BGH die Vorschriften des BGB restriktiv so aus, dass sie für den Verbrauchsgüterkauf nicht gelten. Die NJML bezeichnet dies als Geltungslösung (vgl. § 27 Rn. 29–34, 39). – Kritisch zum Fall *Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 71.

114 *W.-H. Roth/Jopen*, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 68 mit weiteren Nachweisen.

115 EuGH v. 17.4.2018 – Rs. C-414/16 Egenberger, Rn. 82. – „Egenberger" ist der bekannte Fall einer konfessionslosen Sozialpädagogin, die sich beim Diakonischen Werk der evangelischen Kirche erfolglos um eine Arbeitsstelle beworben hatte; bekräftigt in EuGH v. 11.9.2018 – Rs. C 68/17 Chefarzt, Rn. 68.

116 EuGH Slg. 1991, I-5357 (5416) – Francovich (1991).

117 Zu dessen Doktrin von *clare et distincte* bzw. *clairement et si distinctement* siehe oben § 1 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

klar und eindeutig ist, dann darf ein Gericht hiervon nicht abweichen.[118] Gestützt auf diese Doktrin gelingt es deutschen (und anderen mitgliedstaatlichen) Gerichten bisweilen, eine Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV[119] zu vermeiden: Statt die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, wird „nicht selten lieber mit einem erheblichen Begründungsaufwand festgestellt …, dass das Verständnis einer bestimmten unionsrechtlichen Norm so eindeutig sei, dass nach der *acte-clair*-Doktrin nicht vorgelegt zu werden braucht".[120]

Art. 267 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 177 EGV) besagt: Wenn es in einem Mitgliedstaat der EU in einem Rechtsstreit (a) entscheidungserheblich auf die Frage ankommt, wie das primäre und/oder sekundäre EU-Recht auszulegen ist und wenn sich diese Frage (b) vor einem Gericht letzter Instanz stellt, dann ist das Gericht verpflichtet, die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung dieser Rechtsfrage vorzulegen. Der EuGH hat hiervon allerdings selbst in der berühmten Entscheidung CILFIT Ausnahmen (auch) im Sinn der *acte-clair*-Doktrin zugelassen.[121] Der **Leitsatz** lautet (Einrückungen, Einfügungen und Hervorhebungen J.L.):

71 „Art 177 Abs 3 EWGV [jetzt Art. 267 Abs. 3 AEUV] ist dahin auszulegen, daß ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, seiner Vorlagepflicht nachkommen muß, wenn in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage des Gemeinschaftsrechts gestellt wird, es sei denn, es hat festgestellt,

- daß die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist,
- daß die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war [„*acte éclairé*"] oder
- daß die gerichtliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart *offenkundig* ist, daß für einen *vernünftigen Zweifel* keinerlei Raum bleibt [„*acte clair*"];

ob ein solcher Fall gegeben ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Gemeinschaft zu beurteilen."

Zudem dürfe das innerstaatliche Gericht nur dann von einem *acte-clair* ausgehen,

„wenn es überzeugt ist, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde."[122]

Angesichts der mittlerweile stark vergrößerten Union (CILFIT stammt von 1982!) scheinen diese Voraussetzungen heute eher, wie man so sagt, lediglich auf dem Papier zu stehen.[123]

---

118 Allgemein und knapp zur acte clair-Doktrin *Riesenhuber*, Auslegung (Fn. 75), § 10 Rn. 51: „nicht mehr als eine pragmatische Faustregel".

119 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

120 *Ulrich Ehricke*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 267 AEUV Rn. 47 mit Hinweis auf Bundesfinanzhof (BFH), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, 1775 – beschränkte Vermögensteuerpflicht einer Aktiengesellschaft italienischen Rechts für deren Anteile an einer inländischen GmbH (dort unter 3). Kritisch auch *Jürgen Kühling/Stefan Drechsler*, Alles „acte clair"? – Die Vorlage an den EuGH als Chance, in: NJW 2017, 2950–2955.

121 EuGH Slg. 1982, 3415 (3431 f.) – CILFIT –; es ging um Gebühren für gesundheitspolizeiliche Untersuchungen von Wollimporten aus Nicht-Mitgliedstaaten.

122 EuGH Slg. 1982, 3415 (3430) – CILFIT.

123 In der Sache ebenso *Bernhard W. Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage, München 2022, Art. 267 AEUV Rn. 33: „Sie werden in der Rechtsprechung der obersten Gerichte der Mitgliedstaaten nur scheinbar beachtet."

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

72 In **methodologischer** Hinsicht ist bemerkenswert: Erstens die schon erwähnte Nähe zu Descartes' *Discours de la méthode* mit seiner *clare-et-distincte*-Lehre. Zweitens die noch größere Nähe zur Unterscheidung von grammatischer und logischer Auslegung, wie sie *vor* Savigny herrschend war und die – entgegen Savigny! – noch heute nachwirkt in der Lehre von der Grenze des *Wortlautes* als Grenze der Auslegung.

> Bei Savigny ist gerade nicht der Wortlaut die Grenze zur „Fortbildung" des Rechts, sondern der „Gedanke" des Gesetzgebers (den man per Auslegung zu rekonstruieren hat).[124]

Drittens schließlich greift der Gedanke des „vernünftigen Zweifels" offenbar die angelsächsische Formel vom *reasonable doubt* auf, die für die Wahrheitsfindung bei Ermittlung des Sachverhalts gilt: Bewiesen ist, woran kein vernünftiger Zweifel mehr besteht.

> Die Formel von *beyond a reasonable doubt* als Beweismaß in Strafsachen scheint sich im 19. Jahrhundert durchgesetzt zu haben.[125] Nur vermuten kann man, ob hiervon die Lehre von *doubt* und *belief*, die für die Erkenntnistheorie des Amerikanischen Pragmatismus zentral ist,[126] inspiriert wurde.[127]

73 Viertens schließlich und nur am Rande: Ebenso wie man sich bemühen kann, unklare Begriffe zu klaren zu machen, kann man auch in klaren Begriffen Unklarheiten entdecken, also etwa in dem Begriff „darauf ausgehen", wenn eine Partei ganz offensichtlich die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland beseitigen will - und dies nur (noch) nicht kann (siehe § 29 Rn. 26–32).

bb) Verbot abstrakter Regelbildung?

74 Eine zweite Kuriosität bei der unionskonformen Auslegung des nationalen Rechts betrifft die Umsetzung von Richtlinien. Gelegentlich neigen der europäische Gesetzgeber und der EuGH offenbar dazu, den Mitgliedstaaten eine – gesetzliche und richterliche – Umsetzung vorzugeben, die anstelle einer abstrakt-generellen Regelung auf Einzelfallbetrachtungen hinausläuft. Mehr noch: Durch die Verwendung „absichtlich unscharfer Begriffe" wie „enger Zusammenhang"[128] will man anscheinend „den Weg zu einer vom Einzelfall unabhängigen abstrakten Regelbildung sperren".[129]

> Im konkreten Fall ging es um Verbraucherverträge. Insofern schrieb die Richtlinie vor, ein solcher Vertrag dürfe ausländischem Recht nicht unterworfen werden, wenn er „einen engen Zusammenhang" mit dem Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates

124 *von Savigny*, System (Fn. 74), § 50.

125 *Daniel Epps,* The Consequences of Error in Criminal Justice, in: Harvard Law Review 128 (2015), 1065–1115 (1086).

126 Kurz dazu oben § 5 I Rn. 18; mehr bei *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 162–164 und öfter; klassisch: *Charles Sanders Peirce*, How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.370 – 376 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraphen 370–376); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 156–158.

127 Peirce verwendet diese „familiar legal phrase" einmal in einem Entwurf für einen Lexikon-Artikel, siehe *Lorenz Schulz*, Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce, Ebelsbach 1988, S. 46 Fn. 34.

128 So explizit EuGH Slg 2004, I-7999–8025 – Kommission ./. Spanien, Rn. 33.

129 *W.-H. Roth/Jopen*, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aufweist. Der spanische Gesetzgeber hatte diesen „engen Zusammenhang" nun u.a. dann für gegeben erklärt, „wenn der Vertragspartner [des Verbrauchers] seine Willenserklärung in spanischem Gebiet abgegeben und er dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat". Dies hielt der EuGH für eine zu präzise Definition des – absichtlich unscharfen – Begriffs.[130]

Aus Sicht der NJML wäre dies natürlich ein untauglicher Versuch[131]: Eine jede Entscheidung trägt in sich den „Keim zur Verallgemeinerung",[132] dafür sorgt neben der Erkenntnistheorie („*the essence of belief is the establishment of a habit*"[133]) schon der Gleichheitssatz. Gemeint kann daher nur sein – und das ist durchaus nachvollziehbar –: Die europäischen Instanzen wünschen sich in manchen Bereichen eine Interpretation des EU-Rechts, die nicht durch abstrakte Definitionen erfolgt, sondern – ähnlich wie bei Generalklauseln – durch die Bildung von Fallgruppen, „die sämtliche Umstände des Einzelfalls … berücksichtigen"[134] – darunter vielleicht auch nationale Besonderheiten wie die belgische und französische Comic-Kultur.[135] 75

Siehe zur extensionalen Begriffsbildung („Konkretisierung" des Begriffs durch Fallgruppenbildung auf der Seite des Begriffsumfangs) schon § 15a Rn. 7–11, 65–67.

cc) „Gespaltene" Interpretation

Besonders kurios schließlich: Vorschriften des nationalen Rechts können in der Weise „gespalten" interpretiert werden, dass sie innerhalb und außerhalb des Geltungsbereichs einer Richtlinie eine unterschiedliche Bedeutung haben.[136] So heißt es etwa in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes: 76

„Die Regelungslücke des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. [= Versicherungsvertragsgesetz alter Fassung] ist richtlinienkonform dergestalt zu schließen, dass die Vorschrift im Bereich der Lebens- und Rentenversicherung und der Zusatzversicherungen zur Lebensversicherung nicht anwendbar ist, aber auf die von der Dritten Richtlinie Lebensversicherung nicht erfassten Versicherungsarten uneingeschränkt Anwendung findet."[137]

Kurz und schlicht: Es handelt sich um eine durch den „Geltungsvorrang" der Richtlinie (genauer: Anwendungsvorrang im Geltungsbereich der Richtlinie) veranlasste Reduktion.

---

130 EuGH Slg 2004, I-7999–8025 – Kommission ./. Spanien, Rn. 23–35 (33); insgesamt wenig überzeugend.

131 „Untauglicher Versuch" ist ein im Strafrecht gebräuchlicher Terminus.

132 *Charles Sanders Peirce*, The Architecture of Theories (1891) in: CP 6.33 (Fn. 126); deutsch in: Schriften (Fn. 126), S. 285; dazu bereits *Lege*, Pragmatismus (Fn. 126), S. 272, 379 f., 480.

133 *Peirce*, How to Make, in: CP 5.398 (Fn. 126); deutsch in: Schriften (Fn. 126), S. 191; dazu schon oben § 5 I Rn. 18.

134 EuGH v. 3.9.2014 – Rs. C-201/13 Deckmyn; es ging um die Auslegung des Begriffs „Parodie". – Zur Bildung von Fallgruppen schon § 15a Rn. 65–67, § 15b Rn. 20–24; außerdem unten § 25 Rn. 18.

135 Im gerade zitierten Fall Deckmyn ging es um ein Comic-Cover, das zu politischen Zwecken verfremdet worden war.

136 *Matthias Habersack/Hans Christian Mayer*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 14 Rn. 42–52; *Johanna Schmidt-Räntsch*, Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (OBG), in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin 2021, § 21 Rn. 73.

137 BGHZ 201, 101 (112 Rn. 27) – Lebensversicherungsverträge (2004).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

f) Resümee: Europäische „Rechtsgestaltung"

77 Die vorstehende Skizze zur „europäischen Methodenlehre" dürfte im Wesentlichen gezeigt haben: Es gibt methodisch einige Besonderheiten, die ihren Ursprung freilich „in der Sache" haben, also in dem nicht unkomplizierten Mehrebenensystem der Europäischen Union. Methodologisch betrachtet darf freilich gelten: Auch „in Europa" kocht man methodisch nur mit Wasser.

Besonders schön, dies zum Abschluss: Einige Vertreter der Europäischen Methodenlehre würden zumindest im Bereich der richtlinienkonformen Interpretation die Bezeichnung „Auslegung" gern durch die Bezeichnung „Rechts*findung*" ersetzen.[138] Aus Sicht der NJML ließe sich diese Initiative sogar noch erweitern:

Im Grunde ist jede „Rechtsetzung" (seitens der Gesetzgebung) und jede „Rechtsanwendung" (seitens der Gerichte und der Rechtsunterworfenen) letztlich Rechts*findung*, gar Rechts*er*findung – also ein immer wieder neuer Akt von teils repetierender, teils innovativer Rechts*erzeugung* und Rechts*gestaltung*.[139]

Dann erstaunt es auch nicht, dass dabei *Ästhetik* der letzte Halt ist (dazu der Vierte Teil der NJML).

3. Völkerrechtsfreundliche Auslegung

78 Der Vollständigkeit halber sei schließlich unter der Rubrik „Konformität" auch die sogenannte völkerrechtsfreundliche Auslegung genannt. Es handelt sich bei ihr in aller Regel nicht um Konformitätsauslegung im eigentlichen Sinn, weil Völkerrecht jedenfalls gegenüber dem Grundgesetz kein höherrangiges Recht ist. Allerdings sind gemäß Art. 25 GG die „allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts", insbesondere das Völkergewohnheitsrecht, Bestandteil des Grundgesetzes und gehen den Gesetzen vor (also klarer Geltungsvorrang). Völkerrechtliche Verträge – wie etwa die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) – haben hingegen nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG).

Nichtsdestoweniger ist nach der Rechtsprechung des BVerfG – wichtiges Detail – die EMRK bei der Interpretation der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes „völkerrechtsfreundlich" zu berücksichtigen, d.h. als „Auslegungshilfe" heranzuziehen.[140] Dabei zieht das Gericht insbesondere auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte heran[141] – und ist dabei im Fall des NPD-Verbotsverfahrens durchaus in Verlegenheit geraten (dazu unten § 29 Rn. 33–35).

IV. Abwägung (genauer: Abwägung III)

79 Thema dieses § 18 ist, wie **Regeln** aufeinander abgestimmt werden – meist, aber nicht nur Regeln gleichen Ranges. Insofern haben wir Konkurrenzen, Kollisionen und Kon-

138 *W.-H. Roth/Jopen*, Richtlinienkonforme Auslegung (Fn. 108), § 13 Rn. 20.

139 Zum Paradigma von Erkenntnis und Juristischer Erkenntnis als Gestaltung: *Lege*, Pragmatismus (Fn. 126), Kapitel 5 und Kapitel 10.

140 BVerfGE 128, 326 (366–372) – Sicherungsverwahrung (2011).

141 BVerfGE 128, 326 (368 f., 371 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

formität untersucht. Im Folgenden geht es nun um „Abwägung" – und bei Abwägung denkt man zunächst wohl eher nicht an Regeln, sondern an Werte oder Rechtsgüter, sagen wir: Freiheit gegen Sicherheit. Deshalb sei zum Einstieg ein Umweg erlaubt.

> Zudem zur Erinnerung: Wir haben bereits zwei andere Arten von Abwägung erörtert, bei denen es nicht um die Abwägung von Rechtsregeln (oder wenn man will: von *Rechten*) geht, sondern um die Abwägung von *Interessen* innerhalb einer und derselben Rechtsregel. Gemeint sind (1) das Gebot gerechter Abwägung im Bauplanungsrecht (§ 15a Rn. 61–64) oder bei der Strafzumessung (§ 15b Rn. 25–27) – **Abwägung I** – und (2) die Abwägung mehrerer Mittel für einen vorgegebenen Zweck bei Prüfung der Verhältnismäßigkeit hoheitlicher Maßnahmen (§ 15b Rn. 38–51) – **Abwägung II** –. Die nun zu erörternde „Abwägung III" ist, wie sich zeigen wird, etwas ganz anderes.

Und nun der Umweg: Nehmen wir an, es ginge um die Regel, dass man nicht lügen 80
darf – dies stünde sogar unter Strafe. Bei Ihnen versteckt sich der X, der vor der Polizei flieht. Dürfen Sie die Polizei belügen und sagen, dass er sich nicht bei Ihnen befindet? Das Problem ist altbekannt, berühmt ist die radikale Antwort von Immanuel Kant: auf keinen Fall.[142] Wo kämen wir denn dahin, wenn jeder nach Gutdünken lügen dürfte?

Die heutige Antwort wäre sicherlich: Das ist eine Frage der Abwägung. Aber was wird abgewogen? Menschen- und Wahrheitsliebe? Genau besehen doch wohl: Es findet eine Abwägung statt zwischen einem **Verbot** der Strafvereitelung (§ 258 StGB), das man als Rechtsunterworfener zu beachten hat, und – möglicherweise – dem **Gebot**, den X aus diesen oder jenen Gründen zu retten. Nehmen wir an, X ist Jude, und die Polizei ist die Geheime Staatspolizei (Gestapo) der Nazis. Oder nehmen wir an, der X wird zu Recht als Bankräuber verfolgt, aber Sie lieben ihn ganz einfach.

Man sieht, dass in diesem Fall **zwei Regeln** miteinander kollidieren, und „hinter" beiden können mehr oder weniger gute Gründe stehen. Diese Gründe müssen anscheinend gegeneinander „abgewogen" werden, um im konkreten Fall zu einem konkreten Ergebnis zu kommen, und dabei kann das Recht manche Gründe mehr und andere weniger akzeptieren. Viele sind derart gut und wichtig, dass sie schon wieder zu rechtlichen Regeln kondensiert sind: Man denke nur an Notwehr (§ 32 StGB, § 227 BGB) und Notstand (§§ 34, 35 StGB, § 228 BGB).

1. Allgemeines zur Abwägung III (Abwägung von Regeln)

Damit stellt sich die durchaus ernste Frage, ob und ggf. inwieweit „Abwägung" über- 81
haupt eine *juristische* Methode ist. Ist Abwägung vielleicht eher eine Frage der Moral (man denke an das Kant-Beispiel) oder eine Frage der Politik (so würde es Kelsen wohl sehen), die zu dem, was man „Recht" nennen darf (nämlich Regeln mit Tatbestand und Rechtsfolge), erst auskristallisieren muss?[143]

---

142 *Immanuel Kant*, Über ein vermeintes Recht, aus Menschenliebe zu lügen (1797), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VIII, Frankfurt a.M. 1977, S. 635–643.

143 Ein früherer Präsident des BVerfG, *Ernst Benda*, pflegte zu sagen: „Recht ist geronnene Politik". Das ist insoweit richtig, als jede Verwirklichung der Unterscheidung Recht/Unrecht auf Macht beruht. (Politik beruht, so Luhmann, auf der Unterscheidung Macht/keine Macht, und „Macht" ist, so Max

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu den drei Aggregatzuständen der Logik (Begriffe – Aussagen – Schlussfolgerungen) siehe § 5 Rn. 120. Auch dem Recht hat man kürzlich drei Aggregatzustände zugeschrieben.[144]

Allerdings ist diese ernste Frage erneut eine eher „akademische" Frage – akademisch in dem Sinn, dass sie von der jeweiligen rechtstheoretischen „Schule" abhängt, der man folgt. Es ist eher eine Frage von methodologischen Meta-Diskursen, die wir hier nicht entscheiden müssen.

Stattdessen können wir relativ entspannt beobachten, dass von manchen „Abwägung" als die zweite große juristische Methode präsentiert wird – neben der „Subsumtion".[145] Wir können zudem beobachten, dass Abwägung hauptsächlich im Öffentlichen Recht stattfindet – allerdings wird vehement bestritten, dass sie dort auch erfunden wurde.[146] Hinzu kommt schließlich die etwas weniger entspannte Beobachtung, dass „Abwägung" offenbar eng mit „Verhältnismäßigkeit" (dazu § 15b Rn. 38–51) oder gar „Konkretisierung" (§ 15c Rn. 4–28) zusammenhängt und mit ihnen gemeinsam eine Art Nebel bildet, in dem sich nach herkömmlicher Metho-dendoktrin die entscheidenden „**Wertungen**" irgendwie zusammenbrauen.

2. Abwägung von Regeln aus Sicht der NJML

82 Aus Sicht der NJML stellt sich die „Abwägung" beim Aufeinandersabstimmen von Regeln demgegenüber wie folgt dar:

- Theoretisch betrachtet, ist „Abwägung" ein Unterfall der systematischen Interpretation (das ist mehr als systematische „Auslegung"!) – *and nothing more pretentious*.
- Unter Abwägung in einem weiten Sinn kann man alles verstehen, was bei der Gewinnung einer Regel an Erwägungen (!) vorangegangen ist. Dieses „alles" mutiert mit Setzung der Regel zu einem Bestandteil der historisch-teleologischen Interpretation.

  Dies gilt natürlich in besonderem Maß für die „Erwägungsgründe", die den Richtlinien der Europäischen Union üblicherweise voranstehen.
- Im engeren Sinn dient „Abwägung" hingegen dazu, zwei oder mehr **Regeln** aufeinander abzustimmen, wenn man „**prinzipiell**" (!) nichts an ihnen ändern will – weder auf der Ebene von Begriff und Aussage noch gar im Hinblick auf den Geltungsbereich der Regel, etwa durch Formulierung einer Ausnahme.

  Grob gesagt: wenn die letzten 150 Meter im Entscheidungsprozess „eine Frage des Einzelfalls" sind.

Weber, die Chance, seinen Willen gegen andere durchzusetzen – worauf auch immer diese Chance beruht.)

144 *Oliver Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, Tübingen 2016, S. 30 ff.; gemeint: Einzelfallentscheidung (fest), Gesetz/Regel (flüssig), Prinzipien (gasförmig).

145 *Carsten Bäcker*, Juristisches Begründen. Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Methodenlehre, in: Juristische Schulung (JuS) 2019, 321–327.

146 *Joachim Rückert*, Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, in: JZ 2011, 913–923.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu den sogenannten Prinzipien sogleich Rn. 84–85.

– Praktisch betrachtet, trägt dann allerdings auch diese Einzelfallentscheidung den „Keim zur Verallgemeinerung" in sich (§ 6 Rn. 3, § 11 Rn. 14, § 15b Rn. 64) – leider; oder zum Glück? Jedenfalls (jeden-falls!) lässt sich dies nicht vermeiden, und dies kann eine Chance oder eine Gefahr bilden.

> Zudem können Entscheidungen ja nach SINNZUSAMMENHANG unterschiedlich interpretiert werden. Bei der ersten Entscheidung zur Auflösung des Bundestages – Vertrauensfrage Helmut Kohl[147] – haben Juristen das BVerfG so verstanden: Diesmal lassen wir es noch durchgehen. Politiker haben verstanden: Wenn es hart auf hart kommt, werden sie wieder einknicken. Dies ist in der zweiten Entscheidung denn auch geschehen.[148]

3. Die wichtigsten Positionen zur „Abwägung von Regeln"

Vor diesem Hintergrund wollen wir nun die drei wohl wichtigsten Positionen zur Abwägung von Regeln („Abwägung III") vorstellen. 83

a) Regeln und Prinzipien (Alexy, Dworkin, Kant)

Die berühmte Unterscheidung von „Regeln" und „Prinzipien" ist vor allem mit Robert Alexy (geb. 1945) verbunden, er hat sie in seiner Habilitationsschrift „Theorie der Grundrechte" (1986) entwickelt.[149] Dabei lehnt er sich freilich deutlich an den amerikanischen Rechtsphilosophen Ronald Dworkin (1931–2013) an, der dieselbe Unterscheidung bereits wie folgt für eine allgemeine Theorie des Rechts skizziert hatte[150]: 84

Im Recht gibt es **Regeln** (*rules*), die im Sinn von Wenn-dann-Sätzen streng anzuwenden sind („alles oder nichts"): Wer einen Menschen tötet, ist zu bestrafen. Darüberhinaus gibt es aber auch **Prinzipien** (*principles*), die gleichsam nur die Richtung weisen und nicht streng, sondern nur mehr oder weniger (nach „Gewicht") verwirklicht werden sollten. Das Prinzip „Freiheit" kann nicht grenzenlos verwirklicht werden, es muss in vielen Fällen zurücktreten hinter das Prinzip „Lebensschutz" – und dies gilt auch umgekehrt, etwa im Fall des Schwangerschaftsabbruchs. Zu vermeiden ist, mit anderen Worten, die *Maximierung* eines Prinzips zu Lasten eines anderen. Zu erstreben ist vielmehr eine *Optimierung* beider Prinzipien. Anders gewendet: Die **Prinzipien** sind, nun in Alexys Worten, **Optimierungsgebote**.[151]

147 BVerfGE 61, 1 – Vertrauensfrage Helmut Kohl (1983); dazu schon Fn. 57.

148 BVerfGE 114, 121 – Vertrauensfrage Gerhard Schröder (2005).

149 *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986, S. 71–157; zur Abwägung dort S. 143–154.

150 *Ronald Dworkin*, Taking Rights Seriously (1977, 1978), new edition London 2022, S. 38–48; deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a.M. 1984, S. 54–68; eingehend dazu *Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, Berlin 1988, S. 118–137.

151 Dies ist nach Alexy der entscheidende Unterschied seiner Theorie zu derjenigen Dworkins: *Alexy*, Grundrechte (Fn. 149), S. 75–77 mit Fn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sehr wahrscheinlich hat diese Unterscheidung ihren philosophischen Ursprung in Immanuel Kants „Kritik der reinen Vernunft" von 1781. Kant unterscheidet dort den Verstand als das „Vermögen der Regeln" und die Vernunft (im engeren Sinn) als das „Vermögen der Prinzipien"[152] – wobei zu diesen Prinzipien vor allem die Freiheit gehört.

Möglicherweise spielen aber auch – die amerikanische Rechtsphilosophie ist da sehr viel offener – ökonomische Theorien eine erhebliche Rolle, etwa die Pareto-Optimalität, benannt nach dem italienischen Ökonomen Vilfredo Pareto (1848–1923).[153]

85 Nach Alexy sind nun insbesondere die **Grundrechte** immer beides: Regeln und Prinzipien. Sie gewähren als *Regeln* einen klaren Schutz gegen Eingriffe von Seiten des Staates oder auch von Privaten. Zugleich verlangen sie als *Prinzipien* aber auch die Bereitschaft, bei der „Auslegung und Anwendung"[154] der Regeln entgegenstehende Prinzipien, insbesondere die Grundrechte anderer, „gelten zu lassen".

Nach diesem Schema hat Alexy dann die seinerzeit herrschende Grundrechtsdogmatik – jedenfalls ihren „Allgemeinen Teil", weniger die Einzelgrundrechte – „durchdekliniert".

Methodologisch bleibt der Ertrag am Ende recht blass: Eine allgemeine Theorie der Grundrechts*interpretation*, geschweige denn eine Anleitung für die Praxis, findet man bei Alexy nicht. Vielmehr attestiert er der grundrechtlichen Argumentation „eine beträchtliche Rationalitätslücke", die durch den „grundrechtlichen Diskurs" geschlossen werden müsse (und daher wohl auch könne – *ought implies can*).[155] Aus Sicht der NJML ist dies kein wirklicher Rationalitätsgewinn.[156]

b) Praktische Konkordanz (Konrad Hesse)

86 Ganz explizit als Nicht-Methodenlehre hat sich die zweite, noch berühmtere Theorie zur „Abwägung" positioniert – gemeint ist Konrad Hesse (1919–2005) mit seiner Lehre von der „praktischen Konkordanz". Auch diese Lehre – ihre Bezeichnung hat Hesse von dem Schweizer Öffentlichrechtler Richard Bäumlin übernommen[157] – will letztlich verhindern, dass einzelne „Werte" der Verfassung sich gegenüber anderen ohne Rücksicht auf Verluste durchsetzen. Die klassische Formulierung lautet demgemäß:

---

152 *Immanuel Kant*, KrV B 171, 356 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 171; „A" ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

153 In der deutschen Diskussion aufgegriffen schon von *Bernhard Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, S. 172–191; siehe auch *Alexy*, Grundrechte (Fn. 149), S. 145–149.

154 Das ist die klassische Formel, mit der die deutsche akademischen Rechtswissenschaft ebenso wie die Gerichtspraxis üblicherweise umschreibt, was sie bei der Rechtsfindung tut.

155 *Alexy*, Grundrechte (Fn. 149), S. 520 f. Mit dieser Wendung spielt Alexy auf seine Dissertation an: *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a.M. 1978. Diese Arbeit ist allerdings stark von der Habermasschen Diskurstheorie geprägt ist – die auf den juristischen Diskurs schon deshalb schwer passt, weil dieser gerade nicht „herrschaftsfrei" ist.

156 Gegen Habermas schon oben § 5 II Rn. 70, 82 f., Stichwort: Konsenstheorie der Wahrheit.

157 *Alexander Hollerbach*, Öffentliches Recht an der Universität Freiburg in der Nachkriegszeit, Tübingen 2019, S. 105 f.; *Andreas Kley*, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich etc. 2011, S. 214 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„In engem Zusammenhang damit [d.h. dem Prinzip der Einheit der Verfassung, J.L.] steht das Prinzip *praktischer Konkordanz*: verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen darf nicht in vorschneller ‚Güterabwägung' oder gar abstrakter „Wertabwägung" eines auf Kosten des anderen realisiert werden, Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe der Optimierung: *beiden* Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können."[158]

Und weiter:

„Die Grenzziehungen müssen daher im jeweiligen konkreten Falle verhältnismäßig sein; sie dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen. ‚Verhältnismäßigkeit' bezeichnet in diesem Zusammenhang eine Relation zweier variabler Größen, und zwar diejenige, die jener Optimierungsaufgabe am besten gerecht wird, nicht eine Relation zwischen einem konstanten ‚Zweck' und einem oder mehreren variablen ‚Mitteln'. Sie wird deutlich an der (mißverständlich so bezeichneten) ‚Wechselwirkung' von Meinungsfreiheit und begrenzendem allgemeinen Gesetz in Art. 5 GG: es geht um praktische Konkordanz durch ‚verhältnismäßige' Zuordnung der Meinungsfreiheit einer-, der durch ‚allgemeine Gesetze' geschützten Rechtsgüter andererseits."[159]

Methodologisch bleibt dies eher vage, es gibt daher auch verschiedene Deutungen, „**wo und wie** man diese praktische Konkordanz eigentlich **prüft**". Am einleuchtendesten[160] ist dies: 87

– Wo es möglich ist, in ein Grundrecht auf Grund eines Gesetzes einzugreifen – zum Beispiel eine Demonstration aufzulösen, die einen gewalttätigen Verlauf nimmt (§ 15 VersG – Versammlungsgesetz), da ist schlicht zu schauen, ob die Voraussetzungen des Gesetzes auf der Tatbestandsseite vorliegen und ob auf der Rechtsfolgenseite der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist (zu ihm oben § 15b Rn. 38–51). In diesem Rahmen sind dann unter dem Punkt „Angemessenheit" die Bedeutung der Versammlungsfreiheit und die Bedeutung entgegenstehender Interessen (öffentliche Sicherheit, Eigentum, Leichtigkeit des Straßenverkehrs) abzuwägen.

  Wichtig: In dieser Konstellation muss keines dieser dem Grundrecht entgegenstehenden Interessen Verfassungsrang haben! Es reicht, wenn das Interesse einfachrechtlich anerkannt ist (z.B. die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs). Anders gewendet: In diesem Kontext darf von „praktischer Konkordanz" eigentlich (*proprie*) erst dann die Rede sein, wenn auch auf der Gegenseite „Werte von Verfassungsrang" im Spiel sind.

– Explizit redet das BVerfG dann von „praktischer Konkordanz", wenn danach gefragt wird, ob ein einfaches Gesetz mehrere Grundrechte angemessen zueinander ins 88

158 *Hesse*, Grundzüge (Fn. 35), Rn. 72.

159 Ebenda. – Die „Wechselwirkung" spielt an auf BVerfGE 7, 198 (208 f.) – Lüth (1958), das ist die zweitwichtigste Entscheidung des BVerfG (nach Elfes, dazu schon oben Rn. 28 f.). – Zum Sachverhalt der Lüth-Entscheidung siehe § 31 Rn. 77; Stichwort: Boykottaufruf gegen einen Film des Nazi-Regisseurs Veit Harlan.

160 Das Folgende im Anschluss an *Camille Marie Damm*, Seminarreferat „Anwendungsbereiche der praktischen Konkordanz", Sommersemester 2022, S. 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verhältnis setzt – etwa § 11 UrhG – Urheberrechtsgesetz – die Grundrechte aus Art. 12 GG (Berufsfreiheit) und Art. 5 Abs. 3 GG (Kunstfreiheit).[161]

Dabei kann die Kunstfreiheit übrigens auf beiden Seiten betroffen sein: So hat sich etwa die berühmte Elektro-Pop-Combo „Kraftwerk" erfolglos dagegen gewehrt, dass eine zweisekündige Rhythmussequenz aus ihrem legendären Album „Trans Europa Express" (1977) von anderen Künstlern „gesampelt" wurde, das heißt: kopiert, geloopt (das heißt: in einer Schleife [*loop*] fortlaufend wiederholt) und einem neuen Stück zu Grunde gelegt.[162]

89 – Besonders gut „passt" die praktische Konkordanz schließlich dort, wo ein Grundrecht „vorbehaltlos" gewährt ist, wenn es also nach seinem Wortlaut keinerlei Schranken unterliegt – wie die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) und auch die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG). Hier muss die praktische Konkordanz sozusagen auf der *direttissima* hergestellt werden, nämlich durch Heranziehen „kollidierenden Verfassungsrechts" (dazu sogleich mehr). So kann das Grundrecht eines Kindes auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) es rechtfertigen, die (ebenfalls als Grundrecht gewährleistete) Religionsfreiheit der Eltern zu beschränken, wenn diese aus religiösen Gründen eine Bluttransfusion verweigern. Das Gericht darf dann für das Kind einen Pfleger bestellen, der die Einwilligung erteilt, weil das Kind sonst sterben würde.[163]

90 Generell kann man sagen, dass sich kollidierendes Verfassungsrecht oder, wie man auch sagt, „Güter von Verfassungsrang", die im Rahmen der praktischen Konkordanz zu beachten sind, schnell finden lassen. Das BVerfG hat insofern z.B. die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr ausreichen lassen[164] oder auch die Erhaltung einer deutschen Handelsflotte[165] und das friedliche Zusammenleben der Menschen[166].

Als ein wenig herablassend habe ich indes eine Formulierung empfunden, mit der das BVerfG die Schockwerbung der italienischen Modefirma Benetton in den 1980er Jahren (Fotos von einem ölverschmutzten Vogel, von Kinderarbeit, von einem menschlichem Gesäß mit dem Stempel „H.I.V. POSITIVE") sehr weitgehend unter den Schutz der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) gestellt hat:

161 BVerfGE 134, 204 (223 Rn. 68) - Werkverwertungsverträge (2013); hier: Grundrechte von Übersetzern und von Verwertern.

162 BVerfGE 142, 74 (96, 101) – Sampling/„Kraftwerk" (2016).

163 Angelehnt an BVerfG, Kammerbeschluss vom 02.08.2001 - 1 BvR 618/93 – Bluttransfusion/Zeugen Jehovas, zitiert nach bundesverfassungsgericht.de <18.03.2023>; man ersieht aus dem Aktenzeichen, dass über die Verfassungsbeschwerde erst nach acht (!) Jahren entschieden wurde.

164 BVerfGE 69, 1 (26) – Kriegsdienstverweigerung (1985): „verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung" versus Art. 4 GG (Glaubens- und Gewissensfreiheit).

165 BVerfGE 92, 26 (43) – Zweitregister (1995): Art. 27 GG versus Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit, hier von Seeleuten).

166 BVerfGE 47, 327 (382) – Hessisches Hochschulgesetz: Pflicht zum Mitbedenken gesellschaftlicher Folgen (1978); in Art. 26 GG ist allerdings nur vom friedlichen Zusammenleben der Völker die Rede.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Ein vom Elend der Welt unbeschwertes Gemüt des Bürgers ist kein Belang, zu dessen Schutz der Staat Grundrechtspositionen einschränken darf."[167]

Wichtig ist dogmatisch im Übrigen: Wenn ein „schrankenloses" Gesetz beschränkt wird, dann reicht der entgegenstehende Wert von Verfassungsrang allein nicht aus. Es muss zusätzlich auch eine einfachgesetzliche Grundlage geben. Andernfalls ließen sich die schrankenlosen Grundrechte leichter einschränken als die Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt.[168] 91

c) Abwägung im Verfassungsrecht (Schlink)

Die dritte Position zur „Abwägung im Verfassungsrecht" ist weniger bekannt und doch am einflussreichsten geworden – eben weil sie sich auch als ein Beitrag zur **Methode** verstanden hat. Es handelt sich zunächst um die gleichnamige Dissertation (1976) von Bernhard Schlink (geb. 1944). Schlink hat in ihr eine Dogmatik entwickelt, in der die Grundrechte mit ihren „Schutzbereichen" und „Schranken" (diese Begriffe waren schon damals gängig) neu interpretiert wurden: nicht mehr gewissermaßen statisch, sondern dynamisch als **Argumentationslastregeln**.[169] 92

Diesen Ansatz hat Schlink sodann gemeinsam mit Bodo Pieroth (geb. 1945) in ihrem epochalen Grundrechte-Lehrbuch (1. Auflage 1983[170]) zu einem Schema fortentwickelt, das sich sehr schnell durchgesetzt hat und bis heute die *basics* der Grundrechtsdogmatik bildet:

> Schutzbereich – Eingriff – verfassungsrechtliche Rechtfertigung (des Eingriffs).

Dabei besteht die Pointe freilich darin, den zuvor herrschenden „Abwägungsenthusiasmus"[171] abzulösen durch ein methodisch klares Prüfprogramm, bei dem vor allem klar wird, *wer* sich gegenüber *wem* zu rechtfertigen hat: der „Staat"[172], wenn er in Grundrechte der „Bürger"[173] eingreift. Anders gewendet: „Eingriff" war der methodisch neue Zwischenschritt, mit dem die Argumentationslast umgekehrt wurde. Nicht der Bürger verteidigt sich gegen den Staat mit Hilfe des Grundrechts. Sondern der Staat verteidigt seinen Eingriff in das Grundrecht. 93

Deshalb stoßen denn auch nach dieser Lehre die „vorbehaltlos" gewährten Grundrechte (etwa Art. 5 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) nicht mehr auf „verfassungsimmanente Schranken", die den Schutzbereich von vornherein begrenzen (so die Redeweise zuvor). Sondern Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte müssen sich recht- 94

---

167 BVerfGE 102, 347 (364) – Schockwerbung I/Benetton (2000). Immerhin geht es dann wie folgt weiter: „Anders kann es zu beurteilen sein, wenn ekelerregende, furchteinflößende oder jugendgefährdende Bilder gezeigt werden."

168 Klassisch BVerwGE 90, 112 – Staatliche Förderung eines Vereins, der vor „Jugendsekten" (in diesem Fall Osho) warnt (1992).

169 *Schlink*, Abwägung (Fn. 153), S. 192–219.

170 Mittlerweile fortgeführt von *Kingreen/Poscher* (Fn. 46).

171 *Schlink*, Abwägung (Fn. 153), S. 128–13 (gerichtet gegen Peter Häberle).

172 Mit „Staat" ist hier der gesamte Bereich der öffentlichen Gewalt(en) gemeint, also nicht nur Bund und Länder („Staaten im engeren Sinn"), sondern auch Städte, Gemeinden, Landkreise, Universitäten, Handwerkskammern, Rundfunkanstalten etc. („Staat im weiteren Sinn").

173 Genauer: der Rechtsunterworfenen; es gibt nicht nur Deutschen-Grundrechte, und auch inländische juristischen Personen (Vereine, GmbHs, Universitäten) genießen den Schutz der Grundrechte, soweit diese „ihrem Wesen nach" auf jene anwendbar sind (Art. 19 Abs. 3 GG).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fertigen durch „**kollidierendes Verfassungsrecht**". Das klingt nicht nur, sondern es *ist* freiheitsfreundlicher – und weist jedenfalls dem Konzept „Abwägung" einen methodisch klaren Ort zu.

Selbst wenn man sagen sollte: Dies ist doch letztlich dasselbe, nur anderes formuliert – dann macht diese Formulierung eben doch einen Unterschied. Wir werden auf das Phänomen des *framing* („einen Rahmen setzen") noch ausführlich zurückkommen (§ 35 Rn. 49).

Eine gewisse Ähnlichkeit weist der Pieroth/Schlink'sche Ansatz übrigens auf mit einem weiteren Bestandteil von Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts: Rechte lassen sich, so Dworkin, als politische **Trümpfe** gegenüber kollektiven Zielen interpretieren.[174] Wer sie beschneiden will, muss sie gleichsam übertrumpfen.

d) Abwägungsresistente Positionen?

95 Nur der Vollständigkeit halber: Bekanntlich ist es ein dogmatischer Glaubenssatz, dass es im deutschen Recht eine Position gibt, die jeglicher Abwägung entzogen ist, nämlich die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG). Dagegen spricht einiges, denn es sind Fälle denkbar, wo Würde gegen Würde steht (man denke an die sogenannte „Rettungsfolter", um einen Entführer dazu zu bringen, das Versteck des Opfers zu nennen). Vor allem aber ist es, wie Niklas Luhmann einmal gesagt hat, mit der Funktion des Rechts schwer vereinbar, dass es Positionen gibt, die immer Recht haben,[175]

Zumindest sollte man daher den Bereich, in dem man von Entwürdigung spricht, auf die „dicken Hunde" beschränken (Sklaverei, Entrechtung, schwerste Demütigung) und insbesondere die sogenannte Objekt-Formel[176] nicht überstrapazieren.

96 Vielleicht wäre es ohnehin besser, bei *allen* Grundrechten gewisse *Mindestpositionen* anzuerkennen[177], etwa beim Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) das bare Existenzminimum (Wohnung, Nahrung, Kleidung, Gelegenheit zu Sozialität) oder bei der Berufsfreiheit die Möglichkeit, von seiner Arbeit leben zu können – mit einigem Abstand zum Lebensstandard derer, die nicht arbeiten, obwohl sie es könnten (übrigens ein altes christliches Gebot[178]). Das würde den Begriff „Würde" deutlich entschlacken und sehr viel leichter eine Anpassung an sich wandelnde Verhältnisse erlauben. Zudem könnte man sich ohne Mühe auf einen autoritativen Text des Grundgesetzes stützen, der geradezu *lex specialis* zu Art. 1 Abs. 1 GG ist: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden" (Art. 19 Abs. 2 GG).

---

174 *Dworkin*, Taking Rights Seriously (Fn. 150), S. 6, 10; deutsch: Bürgerrechte (Fn. 150), S. 14, 19; dazu *Bittner*, Interpretative Praxis (Fn. 150). S. 93–98.

175 Zum DDR-Lied „Die Partei hat immer Recht" schon § 5 II Rn. 32 Fn. 62.

176 Sie besagt bekanntlich, dass der Mensch nicht zu einem bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf; dazu schon § 5 II Rn. 93 mit Fn. 183.

177 Auch dieser Gedanke bei *Schlink*, Abwägung (Fn. 153), S. 192–195.

178 2. Thess 3, 10 (Zweiter Brief des Apostel Paulus an die Gemeinde in Thessaloniki [ein Teil der Bibel, genauer des Neuen Testaments], Kapitel 3 Vers 10): „Wer nicht arbeiten will, soll auch nicht essen."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Resümee: Das Hauptfeld der gehobenen juristischen Dogmatik

97 Halten wir kurz inne. Wir haben in diesem langen § 18 verschiedene Konstellationen betrachtet, in denen Regeln aufeinander abzustimmen sind: Konkurrenzen, Kollisionen, Konformisierung (um es einmal so zu benennen); zudem schließlich die Abwägung von kontroversen Regeln (nicht also: von rechtlich gleichgerichteten „Belangen" oder von Mitteln zum Zweck). Insgesamt darf man wohl sagen: Dies ist geradezu das Hauptfeld der gehobenen juristischen Dogmatik, und es setzt, wie man unschwer sieht, schon einen gewissen Kenntnisstand und Überblick über das Recht voraus. Mit diesem Kenntnisstand kann man sich auch durchaus von Fall zu Fall „durchwursteln", und wenn man dabei etwas übersieht – nun ja.[179]

Letztlich ist dies aber unbefriedigend und sogar ungerecht: Es geht niemals nur um einen einzigen Fall, es geht immer um den Vergleich vieler Fälle, und die Idee des Rechts besteht darin, ihnen allen in großer Folgerichtigkeit (Logik! § 4) das genau richtige Maß an Gerechtigkeit zukommen zu lassen. Deshalb muss man noch eine Stufe höher steigen und versuchen, die vielen Regeln, die sich im Recht angesammelt haben – seien es nun Gesetze oder Gerichtsentscheidungen oder gar Meinungen der akademischen Rechtswissenschaft – derart zu ordnen, dass sie ein widerspruchfreies (Logik!, § 5 Rn. 89) Ganzes ergeben. Oder wie man gern sagt: ein System.

Davon handelt der nun folgende § 19.

179 In dieser Weise haben sich vermutlich schon die real existierenden römischen Juristen im Reich Justinians mit dem Corpus Iuris Civilis arrangiert, siehe *von Savigny*, System (Fn. 74), § 48; vor allem haben sie offenbar „durch Gedankenlosigkeit und Willkühr" vermeiden können, dem Kaiser – der allein zur Auslegung befugt war – allzu viele Rechtsfragen zur Entscheidung vorzulegen. – Eine gewisse Parallele zum Umgang mit der *acte-clair*-Doktrin im Europarecht drängt sich auf (siehe Rn. 71 mit Fn. 123).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 19 Regeln (Rechtssätze) systematisieren (Theoriebildung)

1 Wir haben es an der einen oder anderen Stelle schon angedeutet: Bei der Erzeugung von Regeln (Rechtssätzen) sind die „Ebenen" die wir in diesem Kapitel 3 unterscheiden, nicht immer klar voneinander zu trennen; sie gehen vielmehr oft ineinander über. Demgemäß ist auch die Unterscheidung von „Regeln aufeinander abstimmen" (§ 18) und „Regeln systematisieren" (§ 19) eine nur graduelle Unterscheidung. Idealtypisch[1] lässt sie sich dennoch wie folgt treffen:

Beim schlichten „Aufeinanderabstimmen" von Regeln geht es um den Konflikt von zwei oder jedenfalls wenigen Regeln in einem einzelnen Fall. Bei der **Systembildung** geht es darum, *viele* Regeln und *viele* Fälle zu einem in sich stimmigen „Gesamtkunstwerk" zusammenzufügen. Anders gewendet: Das Bedürfnis nach „Systembildung" entsteht, wenn in der „Welt da draußen" – hier in der Rechtswelt – eine gewisse Unübersichtlichkeit und Überkomplexität entstanden ist (oder wenn man es so empfindet?).

Nicht die Welt ist kompliziert. Kompliziert ist, wie wir sie machen. Und wahrnehmen (§§ 31–36).

2 Systembildung dient dann dazu, diese unübersichtliche Welt (oder Umwelt?) in eine vernünftigere, möglichst leicht nachvollziehbare, ich möchte sagen: „logische" Ordnung zu bringen (oder diese Ordnung[2] in ihr zu entdecken?[3]). Hierfür gibt es, wie zu zeigen ist, verschiedene Wege. Das Ziel und die Leitidee aber sind – jedenfalls in der Wissenschaft, wie wir sie verstehen – immer diese beiden: **Widerspruchsfreiheit** und (so weit wie möglich[4]) **Vollständigkeit**.[5]

Man denke an das Periodensystem in der Chemie[6] oder an das Linnésche Systeme der Botanik.

---

1 Zum Begriff „Idealtypus" *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, § 1 I 6, auch 3 und 11: „Idealtypisch" ist ein Sinnzusammenhang (!), der für bestimmte soziale Beziehungen charakteristisch ist – z.B. rationales Handeln in der Wirtschaft –, den es in dieser reinen Form aber auch dort nur selten gibt, weil er meist vermischt ist mit anderen Sinnzusammenhängen. Für unseren jetzigen Kontext: Idealtypisch kann man die kleine systematische Interpretation am Fall unterscheiden von großer Systembildung anhand vieler Fälle – auch wenn beides ineinander übergeht.

2 Oder gar eine *ganz andere* Ordnung? Man denke an Jesus Christus und seine Worte vor Pontius Pilatus: „Mein Reich ist nicht von dieser Welt" (Evangelium des Johannes 18, 36). Auf Griechisch: *Hḗ basileía hē emḗ ouk estín ek toú toútou kósmou* – wörtlich: Mein Königtum (*basileía*) ist nicht aus dieser Ordnung (*kósmos*). Dazu schon oben § 5 II Rn. 50.

3 Die Menschen haben anscheinend ein Grundbedürfnis danach, in „der Welt" Ordnungen oder Strukturen zu entdecken, selbst wenn es diese Strukturen in Wirklichkeit nicht gibt. Ein Beispiel sind die Sternbilder, sofern aus ihnen Aussagen über die Zukunft oder auch über Charaktereigenschaften abgeleitet werden. Ein weiteres Beispiel sind Verschwörungstheorien.

4 In jedem Büro muss es daher einen Ordner „Varia/Verschiedenes" geben.

5 Dies übrigens auch beim Klassiker *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, § 42: Einheit (gemeint Widerspruchsfreiheit) und Vollständigkeit.

6 Auch dieses System enthielt Lücken, die erst später geschlossen wurden.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Natürlich kann man unter „System" auch etwas anderes verstehen – nicht zuletzt die Luhmannsche Systemtheorie tut dies.[7] Und natürlich auch unter Wissenschaft.[8]

I. Systembildung von der Rechtsfolge her

Eine erste Möglichkeit der Systembildung ist aus Sicht der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) besonders bemerkenswert, denn sie geht von den *Rechtsfolgen* der vielen Regeln aus, die zu ordnen ihr Ziel ist.[9] 3

> Dass ein *Begriff* – auch ein Rechtsbegriff – die Gesamtheit dessen ist, was aus ihm folgt, haben wir bereits herausgestellt (§ 5 Rn. 14). Das Gleiche gilt für eine *Aussage*, die eine Regel repräsentiert, also insbesondere für einen Rechtssatz: Seine Bedeutung ist das, was sich in einer *Schlussfolgerung* praktisch aus ihm ergibt. Es hängt eben alles zusammen: „Der Begriff vom Hunde bedeutet eine Regel …"[10]

1. Friedrich Carl von Savigny: Das Recht des Besitzes (1803)

Klassisches Beispiel für diesen Weg wissenschaftlicher Systembildung im Recht ist ein berühmtes Buch: „Das Recht des Besitzes" (1803) von Friedrich Carl von Savigny (1779–1861). In diesem Buch hat Savigny geradezu pionierhaft und zugleich mustergültig einen *neuen wissenschaftlichen Weg* zur Systematisierung eines notorisch unübersichtlichen Rechtsgebiets gewiesen: eben des Rechts des Besitzes im klassischen Römischen Recht (das damals in weiten Teilen Europas nach wie vor, allerdings subsidiär, geltendes Recht war!). Deshalb ist das Buch auch nicht nur für die zivilrechtliche **Dogmatik** von großer Bedeutung gewesen, sondern außerdem und mehr noch ein **Methodenmonument**. 4

---

7 Luhmann unterscheidet – in der letzten Version seiner Systemtheorie – *allo*poietische Systeme, die von anderen als sich selbst „gemacht" werden (griechisch *poieín* = machen, tun, herstellen; daher die Poetik) – also Maschinen -von *auto*poietischen Systemen, die sich selbst „machen" und daher nicht völlig von außen berechenbar sind – also Organismen und die „sozialen Systeme". Solche sozialen Systeme sind: Interaktionen, Organisationen und Gesellschaften (*Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 15–29, 80 ff. und öfter). Die berühmten *Funktionssysteme* freilich – wie „Recht", „Wirtschaft", „Wissenschaft", „Politik", sogar „Religion" (als Funktionssystem!) und „Kunst" – gibt es nicht überall, sondern nur in der modernen Gesellschaft. Siehe auch bei und in Fn. 58.

Umfassende Darstellung der Luhmannschen Lehre mit Bezug auf das Funktionssystem „Recht": *Thomas Huber*, Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns, Baden-Baden 2007.

8 Insbesondere kann man unter Wahrheit Verschiedenes verstehen. Und wer bestreitet, dass es rechtliche Richtigkeit gibt (dazu §§ 27–33), darf eigentlich nicht von Rechts*wissenschaft* sprechen, sondern muss rechtliches Argumentieren für eine Spielart von Machtrhetorik halten.

9 Dass dies der Witz an Savignys Buch ist, betont auch *Gertrude Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg etc. 1981, S. 47 f.

10 „… nach welcher meine Einbildungskraft die Gestalt eines vierfüßigen Tieres allgemein verzeichnen kann, ohne auf irgendeine einzige besondere Gestalt, die mir die Erfahrung darbietet, oder auch ein jedes mögliche Bild, was ich in concreto darstellen kann, eingeschränkt zu sein", so *Immanuel Kant*, KrV B 181 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 181; die 1. Auflage wäre „A"), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985. – Allerdings versteht Kant hier unter „Regel" nicht explizit eine Wenn-dann-Struktur, vielmehr „eine verborgene Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele", die uns – wie ich interpretiere – die vielen konkreten Hunde per Induktion „auf den Begriff" bringt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Savigny selbst ist mit dem Buch – er war gerade erst 24 Jahre alt – auf einen Schlag berühmt geworden. Das Werk hat überschwängliche Rezensionen erhalten und sieben Auflagen erlebt, wobei es von 495 auf 765 Seiten angewachsen ist.[11]

2. Die drei Schritte zum Begriff des Besitzes (possessio)

5 Savigny geht zur Bestimmung des Begriffs des Besitzes im Wesentlichen in drei Schritten vor (zwischen ihnen befinden sich allerdings sehr ausführliche Auseinandersetzungen mit anderen Meinungen und vor allem mit dem „Sprachgebrauch“[12] der römischen Juristen). Daher grob skizziert[13]:

a) Die lebensweltliche „Grundlage“ des Begriffs

6 Im ersten Schritt wird sozusagen *lebens*weltlich das Phänomen beschrieben, das dann in der *Rechts*welt der Gegenstand (das Objekt) des Begriffs „Besitz“ (*possessio*) ist: die faktische Innehabung einer Sache (*detentio*). Savigny nennt dies die „Grundlage des Begriffs“.[14]

> In unserer Terminologie könnten wir sagen: Es geht hier um den Sinnzusammenhang des Sonstig-Sozialen (unscharf: „Lebenswirklichkeit“[15]), der sodann im sozialen Sinnzusammenhang des *Rechts* zu interpretieren ist.[16]
>
> Und man darf vielleicht als methodischen Imperativ hinzufügen: Erst nach draußen, dann in die Bücher! Oder auch: Vom Tatsächlichen zu Rechtlichen hin denken![17]

b) Seine beiden Rechtsfolgen

7 Im zweiten Schritt stellt Savigny fest, dass sich in der Rechtswelt an den Begriff des Besitzes genau **zwei Rechtsfolgen** knüpfen: erstens die Möglichkeit, die Sache zu „ersit-

---

11 Hierzu und zum Folgenden höchst eindrücklich *Joachim Rückert*, Recht als Wissenschaft: Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 61–91.

12 *Friedrich Carl von Savigny*, Das Recht des Besitzes, 3. Aufl., Gießen 1818, z.B. S. 39–90.

13 Die vollständige Gliederung des Ersten Abschnitts des Werks („Begriff des Besitzes“) nach der 3. Aufl. 1818 findet sich (mit kommentierenden Unterstreichungen) bei *Rückert*, Savigny (Fn. 11) S. 73–75; *Rückerts* Interpretation des Ganzen: S. 67–77.

14 *von Savigny*, Besitz (Fn. 12), § 1 (S. 2): was „allem Begriff des Besitzes zum Grunde liegt“; im Inhaltsverzeichnis: „Grundlage“.

15 Oder auch „Lebenswelt“: zum Begriff *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1994, S. 107: „Auch der kommunikationstheoretische Begriff der Lebenswelt bricht mit der Denkfigur eines aus Teilen bestehenden Ganzen. Die Lebenswelt bildet sich aus einem in sozialen Räumen und historischen Zeiten verzweigten Netz kommunikativer Handlungen; und diese speisen sich nicht weniger aus den Quellen kultureller Überlieferungen und legitimer Ordnungen, wie sie von den Identitäten vergesellschaftete Individuen abhängen.“ Dieser Begriff ist, um den dort gegen die Rechtsordnung gerichteten Vorwurf zu kontern („zu konkretistisch für die Gesellschaftstheorie“), zu schwurbelig für eine rationale Rechtswissenschaft.

16 Zum Begriff Sinnzusammenhang siehe oben § 5 II Rn. 40–59.

17 Die Formulierung stammt von meinem ehemaligen Mitarbeiter *Jan Oster*, der zugleich bemängelt, dass heutige Richter oft zu wenig Wert auf die Sachverhaltswürdigung legen. Was zur Kommentarstelle nicht passt, wird ignoriert.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zen", das heißt: nach einiger Zeit und bei gutem Glauben auch das Eigentum an der Sache zu erwerben (*Usucapion)*; zweitens das Recht, eine Störung des Besitzes durch andere abzuwehren (*Interdikt*). Mehr gibt es nicht.[18]

In der Terminologie der NJML: Pragmatistisch gesehen, ist der Begriff „Besitz" die Gesamtheit dieser Rechtsfolgen – *and nothing more pretentious.*

c) Rückschluss auf die Tatbestandsmerkmale und ihre Anwendung

Erst im dritten Schritt folgt dann die Untersuchung, was man **tatbestandlich** voraussetzen muss, um diese Rechtsfolgen stimmig erscheinen zu lassen. Dies ist für Savigny vor allem ein Besitzwille (*animus possidendi*): „Es muss nämlich jede *Detention*, wenn sie als *Besitz* gelten soll, absichtlich seyn, d. h. man muss, um Besitzer zu seyn, die Detention nicht blos haben, sondern auch haben wollen."[19] 8

Für Nicht-Juristen: Nach gängiger Terminologie bestehen Rechtssätze aus Tatbestand („wenn") und Rechtsfolge („dann"): *Wenn* jemand eine Sache mit Besitzwille faktisch innehat, *dann* kann er Störungen des Besitzes abwehren (vgl. heute § 859 und § 862 Abs. 1 BGB[20] - Bürgerliches Gesetzbuch).

Ebenfalls für Nicht-Juristen: Man unterscheidet streng zwischen „Besitz" und „Eigentum". *Besitz* ist die tatsächliche Innehabung einer Sache (man hat sie gewissermaßen in der Hand oder – bei Grundstücken – einen zumindest gedachten Zaun drumherum). *Eigentum* ist die endgültige rechtliche Zuordnung einer Sache, bestes Beispiel: Dem Vermieter „gehört" die Wohnung, er ist ihr Eigentümer; der Mieter ist ihr Besitzer,[21] und zwar ein berechtigter Besitzer. (Unberechtigter Besitzer ist ein Hausbesetzer oder – anderes Beispiel – der Dieb eines Fahrrades). 9

Was Savigny angeht, so bestimmt er sodann – etwas anders als heute – den *animus possidendi* durch einen weiteren *animus domini* – das ist der „Wille"[22], die Sachherrschaft (*detentio*) wie ein Eigentümer (*dominus*) auszuüben.[23] Dazu gehört nicht die Überzeugung, wirklich Eigentümer zu *sein*. Deshalb ist für Savigny der Dieb oder Räuber Besitzer, nicht hingegen – dies ist anders als heute – der Pächter. Wir müssen das aber nicht vertiefen.

---

18 *von Savigny*, Besitz (Fn. 12), § 2 (S. 5–9).

19 *von Savigny*, Besitz (Fn. 12), § 9 (S. 91).

20 Wortlaut des § 859 Abs. 1 BGB: „Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren." Die Absätze 2 und 3 regeln dann Einzelheiten für bewegliche Sachen und für Grundstücke.

Wortlaut des § 862 Abs 1 BGB: „Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen."

Das „wenn" kann, wie man sieht, im Konditionalsatz durch entsprechende Satzstellung ersetzt werden.

21 Das auch der Eigentümer Besitzer bleibt, genauer: mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB), darf hier außer Betracht bleiben.

22 Lateinisch *animus* bedeutet zuallererst „Seele, Geist", dann auch „Bewusstsein, Herz, Gesinnung".

23 *von Savigny*, Besitz (Fn. 12), § 9 (S. 93); dort heißt es allerdings: „… welcher die Sache *als Eigenthümer* behandelt". Dieses „als Eigenthümer" würde nach heutigem Sprachgebrauch eher heißen: in der Überzeugung, wirklich Eigentümer zu sein.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Sortierung der vielen Regeln nach der inneren Logik ihrer Fälle

10 Vor dem Hintergrund dieses Groß-Schemas unternimmt Savigny es dann, den gewaltigen Stoff an Fällen und Regeln, der aus dem klassischen Römischen Recht überliefert ist, zu ordnen. Dabei entwickelt er seinerseits neue Regeln (auch für die Interpretation), teilweise mit Ausnahmen, und zeigt die „Anwendungen" des Begriffs *possessio* auf. All dies geschieht immer in unmittelbarer Auseinandersetzung mit den „Quellen".[24]

Was diese „Quellen" angeht, ist nun für ihren Kontext (Sinnzusammenhang) von größter Bedeutung, dass die „Quellen" des Römischen Rechts nicht möglichst abstrakt formulierte Gesetze wie das BGB waren. Das Römische Recht – in diesem Fall im Wesentlichen die Digesten – bestand vielmehr aus einer Sammlung von Fällen und Entscheidungen mit knappen Begründungen.[25] Dabei wurden sowohl die Tatsachen des **Falls** oder der Fallgruppe mitgeteilt als auch die dazu passende Rechtsregel. Dies war, trotz einer äußerlichen Anordnung in den Digesten, doch eher unübersichtlich.

11 Die „Digesten" oder auch „Pandekten" sind der Hauptteil (von dreien) des Corpus Iuris Civilis (CIC), und dieses ist die umfangreiche Rechtssammlung, die der oströmische Kaiser Justinian (482–565) aus einem noch weitaus größeren Fundus an römischer Rechtsliteratur zusammenstellen ließ – von Professoren der Rechtsschulen in Alexandria und Beryt (heute Beirut), die dabei freilich tatkräftig von Rechtsanwälten unterstützt wurden.[26] Mit Gesetzeskraft veröffentlicht wurde das Werk im Jahr 533, ein Jahr nach der Grundsteinlegung für die Hagia Sophia im damaligen Konstantinopel (heute Istanbul). In der Hagia Sophia befindet sich noch heute ein Mosaik, das die Übergabe des CIC an Justinian darstellt.

> Ich finde es immer wieder erstaunlich, dass das Corpus Iuris Civilis, anders als etwa die Hagia Sophia oder die Gesetzesstele des Hammurabi,[27] nicht zur Allgemeinbildung gehört. Neben der Bibel dürfte kein anderes Buch so prägend für das sein, was wir – kulturell – Europa nennen.

Lateinisch „Digesten" und griechisch „Pandekten" bedeutet in etwa „geordnete vollständige Sammlung".[28] Die Digesten werden eingerahmt von den „Institutionen", einem kurzen juristischen Lehrbuch zum Einstieg, und dem „Codex", einer Sammlung kaiserlicher Gesetze.

12 Und deshalb war es im Grunde ein großes Wagnis, dass Savigny diesem Wust an Detailregeln so etwas wie eine innere Vernünftigkeit – ich möchte sagen: eine **innere**

---

24 Siehe nochmals die in Fn. 13 zitierte Gliederung.

25 *Rückert*, Savigny (Fn. 11), S. 80 f.

26 Zur Entstehung des CIC *Wolfgang Kunkel/Martin Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl., Köln etc. 2005, S. 209–215; die Namen der 11 Anwälte (*patroni*) werden genannt in der sog. Constitutio ‚Tanta' § 9. Dies war eines der Einleitungsgesetze zum Corpus Iuris, es wird den modernen Digestenausgaben vorangestellt, siehe etwa Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Digesten 1–10, gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans-Hermann Seiler, Heidelberg 1995, S. 79 f.: einer der *patroni* hieß übrigens Plato.

27 Hammurabi war von 1792 bis 1750 v.Chr. König von Babylonien. Berühmt ist er für die älteste vollständig erhaltene Rechtssammlung dieser Erde, eingemeißelt in eine freistehende Säule („Stele") aus schwarzem Stein. Die Säule steht im Pariser Louvre, ein Abguss von ihr im Berliner Pergamon Museum.

28 Lateinisch *digérere* = in gehöriger Ordnung durchführen (daher sowohl der *Reader's Digest* als auch das englische *to digest* und der französische *digestif*); griechisch *pandéchesthai* = alles enthalten.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Logik – schlicht *unterstellt* hat: Nein, es herrscht in diesen Regeln keine Willkür, und es soll auch keine herrschen. Es soll nicht „mal so" und an anderer Stelle anders entschieden werden. Sondern es herrscht in diesem Recht eine innere Ordnung und Folgerichtigkeit, die man ebenso **entdecken** muss und kann wie die innere Ordnung und Logik des – sagen wir – Planetensystems.

In den Juristischen Methodenlehren ist manchmal die Rede von einem „äußeren" und einem „inneren System". Mit dem „äußeren System" ist im Grunde der Gesetzestext gemeint, so wie er als Text äußerlich gegliedert ist. Was unter dem „inneren System" zu verstehen ist, wird unterschiedlich umschrieben. Zum einen heißt es, das innere System betreffe „die logische Widerspruchfreiheit und die teleologische Stimmigkeit",[29] zum anderen wird eine höhere Ebene der „rechtsethischen Prinzipien"[30] beschworen, die für ein „konsistentes System von Wertentscheidungen" sorgen und dem äußeren dann sogar vorgehen (!) sollen.[31]

Ich halte dies für eher irreführend. Das Recht ist ein System von **Regeln**, das in sich widerspruchsfrei sein soll – und eben dies ist eine Frage der Logik. Dass diese Regeln in autoritativen Texten (Gesetzen) als *Aussagen* formuliert werden, die man *Rechtssätze* nennt, macht aus diesen Aussagen kein zweites, „äußeres" System, dem man von innen die wahren Werte einhauchen müsste. Nein, das Recht ist **ein** System von Regeln, das einer **inneren Logik** entsprechen soll. Dass man sie in satzhaften Aussagen *formulieren* muss,[32] ändert daran nichts (sondern ist unserer alltäglichen Semiotik geschuldet[33]).

Und dann hat Savigny es offenbar geschafft, diese innere Ordnung im Großen wie im Detail **wirklich** derart schlüssig zu entfalten, dass die Fachwelt „platt" war. Dabei war sie vor allem deshalb „platt", weil Savigny weder die vielen einzelnen Regeln unkritisch übernommen hatte („positivistisch"), noch hatte er den Wust antiker Normen an modernen Vernunftprinzipien gemessen,[34] um sie dadurch, wie man heute sagt, „zukunftsfähiger" zu machen. Er hatte schlicht herausgefunden, wie viel Vernunft **in diesem** alten Römischen **Recht** steckt. 13

An dieser Stelle muss man freilich Savignys Ruhm ein wenig schmälern: Das Römische Recht in den Digesten war nämlich, wie schon angedeutet, keine völlig unsystematische Sammlung von Regeln, es war kein *heap of rules*. Die Digesten bzw. Pandekten sind vielmehr eine schon gut vorgeordnete Sammlung in 50 Büchern – wobei das letzte übrigens wirklich **Varia**[35] enthält, also ganz Verschiedenes. Zum 14

29 So z.B. *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., München 2019, § 4 Rn. 109; 5. Aufl. (2023) Rn..113.

30 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin etc. 1983, S. 456 ff.: 6. Aufl. (1991) S. 474 ff.

31 *Th. Möllers*, Methodenlehre (Fn. 29), der das Ganze dann aber am eher überschaubaren Beispiel der Gesamtanalogie veranschaulicht (§ 6 Rn. 140 ff.; 5. Aufl. Rn. 165 ff.).

32 In Anlehnung an *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 4, 7. Aufl., Freiburg i.Br. 1988, Sp. 751 (757); Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94: „satzhaft formulierbare normative Aussagen".

33 Siehe oben § 5 I Rn. 9, II Rn. 25.

34 Gerügt wurde dies von Nikolaus Thaddäus von Gönner, einem der wenigen Kritiker der Schrift, siehe *Rückert*, Savigny (Fn. 11), S. 65 f. – Von von Gönner stammt auch, ursprünglich polemisch gemeint, die Bezeichnung „Historische Schule".

35 Siehe Fn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beispiel ist der 16. Titel überschrieben mit *De verborum significatione* – Über die Bedeutung der Wörter –, er enthält also Begriffsklärungen. Deren erste lautet:

> **Dig. 50.16.1** *Verbum hoc „si quis" tam masculos quam feminas complectitur.* – Das Wort „wenn jemand" umfasst sowohl männliche [„Jemande"] als auch Frauen.

Im 17. Titel – er ist zugleich der letzte des Gesamtwerks – findet man schließlich *De diversis regulis iuris antiqui*: diverse Regeln des alten Rechts. Einige (wenige) zitieren wir noch heute, etwa:

> **Dig. 50.17.173.3** *Dolo facit, qui petit quod redditurus est.* – Arglistig handelt, wer [von jemand anderem] etwas herausverlangt, das er [sofort] wieder herausgeben müsste.[36]

> **Dig. 50.17.185** *Inpossibilium* [sic] *nulla obligatio est.* – Zu Unmöglichem besteht keine Verpflichtung (= kann man sich nicht rechtswirksam verpflichten).

4. Resümee

15 Die NJML kann sich durch beide Aspekte in Savignys „Das Recht des Besitzes" von 1803 bestätigt fühlen: Erstens besteht die (praktische) Bedeutung von Rechtsbegriffen und Rechtssätzen letztlich in den **Rechtsfolgen**, die sich aus ihnen ergeben (siehe dazu oben § 15 mit Verweis auf § 5 Rn. 14–21). Zweitens ist es zumindest möglich, dass sich **im** Recht eine gewisse **Vernünftigkeit verwirklicht** – eine *concrete reasonableness*.[37] Darauf werden wir in unseren Überlegungen zur Juristischen Ästhetik zurückkommen (§ 31 Rn. 89).

> Aber natürlich ist es auch möglich, dass ein ehedem vernünftiges Recht verwahrlost, wenn man leichtfertig damit umgeht. Wir sind derzeit auf dem besten Weg dazu,[38] und man sollte sich ernsthaft fragen, wann der Kipppunkt erreicht ist.

Eine letzte Bemerkung zu Savigny: Angesichts der Besonderheit seiner sehr konkreten „Quellen" kann man seine **Methode** durchaus als **gutes Fallrecht** bezeichnen. Jedenfalls ist sein Umgang mit Regeln erheblich „kontextualisierter" als, sagen wir, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.[39] Und es passt auf sein Vorgehen auch recht gut ein letztes römisches Zitat:

---

36 Dieselbe Regel findet sich auch schon in Dig. 44.4.8pr. (Volltextsuche in den Digesten ermöglicht der subversive Link http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Digesten534.htm <30.03.2023>).

37 Zu diesem Begriff bei Charles Sanders Peirce und über ihn hinaus: *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 301, 379, 383 f., 591, 601.

38 Äußerlich schon daran erkennbar, dass Gesetzestexte und Gerichtsentscheide adipös ausufern. Zudem wird häufig rein tagespolitisch etwas ins Gesetz geschrieben, was schon vorher selbstverständlich war („symbolische Gesetzgebung"). Eines der jüngsten Beispiele ist der zweite Halbsatz des § 1 Abs. 3 BauGB (Baugesetzbuch): „Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist; *die Aufstellung kann insbesondere bei der Ausweisung von Flächen für den Wohnungsbau in Betracht kommen*." Normativer Erkenntnisgewinn: Null.

39 Dazu schon oben § 15a Rn. 37–46; zur Kritik am BVerfG vor allem auch *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hrsg.) Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281; s. auch *Joachim Lege*, Verfassungsrechtsdogmatik, in: Christoph Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven, Wien etc. 2023, S. 227–248.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dig. 50.17.1. (…) *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.* (…) – Es soll nicht aus der Regel (freier: aus dem Rechtssatz) das Recht abgeleitet werden (wörtlich: entnommen), sondern aus dem Recht soll das entstehen, was die Regel ist (freier: was der Rechtssatz ausdrückt[40]). 16

II. Systembildung von der Tatbestandsseite her

Ein anderer Weg zur Systematisierung von Regeln – hier: von staatlichen Gesetzen – nimmt seinen Ausgang gleichsam von der anderen Seite, also von den einschlägigen Tatbeständen her. Natürlich geschieht aber auch dies mit Blick auf die Rechtsfolgen. 17

1. Abgrenzung: Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB) des Eigentums

Als Beispiel möge hier ebenfalls ein notorisch unübersichtliches Feld dienen, nämlich die Abgrenzung der Begriffe „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums" – kurz: ISB – im Sinn von Art. 14 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (Grundgesetz). 18

2. Vor-Klärung: Die Rechtsfolgen beider Begriffe

Insofern scheint ein erster Blick in das Gesetz einen sehr wesentlichen Unterschied beider Vorschriften aufzuzeigen: 19

Art. 14 Abs. 1 GG Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

Art. 14 Abs. 3 GG Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.

Auf den ersten Blick bedeutet dies: Eine **Entschädigung** ist nur bei der Enteignung „drin". Wenn man also als Richter meint, eine bestimmte staatliche Maßnahme sollte der Eigentümer nicht ohne Entschädigung hinnehmen müssen, dann „sollte das eine Enteignung sein". Natürlich darf man als Jurist eigentlich so nicht denken. Das Reichsgericht (RG) hat es dennoch getan, und der Bundesgerichtshof (BGH) ist ihm jahrzehntelang gefolgt. 20

Ausgangsfall des **Reichsgerichts** – sozusagen die Wurzel allen Übels – war die Entscheidung zum „Galgenberg": Ein Grundstück wurde unter Denkmalschutz gestellt, deshalb konnte der Eigentümer dort nicht, wie es sich anbot (und er hatte damit auch schon begonnen), Sand abbauen.[41] Das Reichsgericht sah darin eine Enteignung: Zwar ergäben sich Inhalt und Schranken des Eigentums aus den Gesetzen (Art. 153 Abs. 1 Satz 2 WRV [Weimarer Reichsverfassung] = Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), hier aus dem Hamburgischen Denkmal- und Naturschutzgesetz. Wenn jedoch die vollziehende Verwaltung im Einzelfall „ausnahmsweise einzelne Eigentümer" herausgreife, handele es sich um eine Enteignung, wenn und weil „das Recht des Eigentümers,

40 Denn: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat* – Eine „Regel" ist etwas, das kurz und vollständig darlegt, was „Sache ist" [*rem quae est*] (Dig. 50.17.1).

41 RGZ 116, 268 – Galgenberg (1927) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit seiner Sache gemäß § 903 BGB nach Belieben zu verfahren, zugunsten eines Dritten beeinträchtigt wird“[42]. Man hat dies die **Einzelakttheorie** genannt.

Sie ist **methodisch** und erkenntnistheoretisch natürlich unhaltbar: Eine Handlung kann nicht im Einzelfall einem anderen Begriff unterfallen als im Allgemeinen (Stichwort: Universalienstreit, siehe oben § 4 Rn. 2). Eine Katze kann nicht im Einzelfall ein Hund sein, selbst dann nicht, wenn sie bellt.

21 Das **Bundesverfassungsgericht** (BVerfG) ist dieser Rechtsprechung in dem berühmten Nassauskiesungs-Beschluss von 1981 entgegengetreten[43] – auf Einzelheiten kommen wir zurück. An dieser Stelle muss nur interessieren: Das Gericht hat, zugegebenermaßen kühn, auch in den Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eine eventuelle Entschädigungspflicht hineingelesen und dies in einer zweiten kühnen Entscheidung, dem Pflichtexemplar-Beschluss,[44] flankierend abgesichert – sogenannte „ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung“. Im Ergebnis bedeutet dies: Die Frage, ob **am Ende** eine **Entschädigung** herauskommt (als **Rechtsfolge**), ist nicht mehr davon abhängig, ob die staatliche Maßnahme (im Tatbestand) eine „Enteignung“ ist.

22 Gibt es dann aber überhaupt noch einen praktischen Unterschied zur Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB)? Der Einwand liegt nahe, aber es gibt gleich drei Unterschiede:

(1) Die Enteignung hat strengere Voraussetzungen („ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig“).
(2) Bei der Enteignung *muss immer*, bei der ISB muss *nur dann* entschädigt werden, wenn die Beeinträchtigung des Eigentums sonst *unverhältnismäßig* („unbillig“) wäre.
(3) Die Höhe der Entschädigung ist bei der Enteignung grundsätzlich nach dem Marktwert zu bemessen, bei der ISB ist sie das Ergebnis einer umfassenderen Interessenabwägung – weil es bei der ISB, wie noch zu zeigen ist, einen Marktwert gerade nicht gibt.

23 Allerdings steht all dies, zugegeben, so nicht im Gesetz. Sondern es folgt aus der richtigen (!) Interpretation der beiden Tatbestände. Wir können insbesondere den Punkt (3) erst dann begründen, wenn wir geklärt haben, was eine Enteignung und was eine ISB im Recht und im sonstigen Leben wirklich „ist“.[45]

Und wir haben jetzt gleichsam den Rücken frei: Die Entschädigungsfrage hängt nicht mehr allein am Begriff „Enteignung“.

3. Die drei Schritte zu den beiden Begriffen (intensional)

24 Was also „ist“ eine Enteignung, was eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB) des Eigentums? Was ist der jeweils richtige „Begriff“ davon?

---

42 RGZ 116, 268 (272).
43 BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).
44 BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981).
45 Bereits hier am Rande: Dies entspricht dem, was Savigny den „Grund“ oder die „Grundlage“ des Begriffs genannt hat, siehe oben Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Überprüfung des „Sprachgebrauchs"

Das **BVerfG** hat insofern in seinem Nassauskiesungsbeschluss – nach Vorarbeiten im Kleingarten-Beschluss[46] – durchaus **improvisieren** müssen.[47] Der Mainstream der Rechtswissenschaft hat von diesen Bemühungen leider vor allem diejenige Unterscheidung aufgegriffen, die am allerwenigsten trifft, wie sich die Sache wirklich verhält (*rem quae est*[48]). 25

Gemeint ist die Unterscheidung von „abstrakt-genereller" Festlegung der Rechte und Pflichten, die sich aus dem Eigentum ergeben (= ISB), und „konkret-individuellem" Zugriff auf eine Eigentumsposition (= Enteignung). Damit ist man nämlich – wenn man die weiteren, immer wieder divergierenden Umschreibungen des BVerfG (dazu schon § 15a Rn. 31–36) außer Acht lässt – nicht weiter als die Einzelakttheorie des Reichsgerichts.

> Dass diese nicht hilft, zeigt sich durch folgende Überlegung: Auch Enteignungen beruhen, ja sie müssen sogar beruhen (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG!) auf einem „abstrakt-generellen" Gesetz[49], das zur Enteignung ermächtigt (z.B. § 19 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetz – FStrG[50]). Und auch Gesetze, die eine ISB des Eigentums enthalten, müssen „konkret-individuell" von der Verwaltung vollzogen werden: sei es, dass die Behörde dem individuellen Eigentümer den konkreten Sandabbau am Galgenberg untersagt oder dass die Behörde ihm im Münsterland die Kiesgewinnung bis in den Grundwasserbereich hinein („Nassauskiesung") nicht weiter genehmigt.

Was jene weiteren Umschreibungen des BVerfG angeht, muss man nun leider konstatieren, dass dieser „Sprachgebrauch" bis heute kein völlig konsistentes, widerspruchsfreies Bild ergibt – wir haben dies bei unseren Überlegungen zur intensionalen Begriffsbildung bereits ausführlich dargestellt (§ 15a Rn. 41–46). Insbesondere die Frage, ob die Enteignung ein „Güterbeschaffungsvorgang" ist, hat das Gericht mal so, mal anders beantwortet. 26

b) Analyse der lebensweltlichen „Grundlage": das Marktmodell

Nicht zuletzt angesichts dieser Unklarheit – die natürlich auch auf der Patchwork-Methodik des BVerfG beruht („maßstabsetzende Gewalt"[51]) – gilt Art. 14 GG allgemein als schwierig. Die Schwierigkeiten vermindern sich erheblich, wenn man einmal genau hinschaut, was denn der „Lebensbereich" oder die „Lebenswirklichkeit"[52] ist, den bzw. 27

46 BVerfGE 52, 1 (27 f.) – Kleingartenrecht (1979).

47 BVerfGE 58, 300 (330 -332) – Nassauskiesung (1981) – mit durchaus irreführender Dreiteilung.

48 Siehe Fn. 40.

49 Ausnahme: die sogenannte Legal- oder besser Legislativenteignung unmittelbar durch ein (Einzelfall-) Gesetz: klassische Entscheidung dazu: BVerfGE 24, 367 – Hamburger Deichordnung (1968).

50 Wortlaut: „Die Träger der Straßenbaulast der Bundesfernstraßen haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Enteignungsrecht. Die Enteignung ist zulässig, soweit sie zur Unterhaltung oder Ausführung eines nach § 17 Absatz 1 festgestellten oder genehmigten Bauvorhabens notwendig ist. Einer weiteren Feststellung der Zulässigkeit der Enteignung bedarf es nicht."

51 Siehe schon Fn. 39.

52 Zu einem Vorbehalt gegenüber dem Begriff „Lebenswelt" siehe Fn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Art. 14 GG in Gestalt des Eigentums schützen will[53] – oder wie Savigny sagen würde: was die „Grundlage" dieses Begriffs ist.

In unserer Terminologie können wir fragen: Um welchen SINNZUSAMMENHANG des Sonstig-Sozialen[54] geht es, wenn wir im SINNZUSAMMENHANG des *Rechts* von „Eigentum" sprechen? Antwort: Es geht um wirtschaftliche Güter.

Friedrich Müller würde dies vermutlich den „Normbereich" nennen,[55] mit Niklas Luhmann könnte man sich daran erinnern, dass man Grundrechte auch „als Institution" verstehen kann.[56]

28 In diesem Sinn: Die „Institution"/der Lebensbereich/der sonstig-soziale SINNZUSAMMENHANG, den das Grundgesetz in Art. 14 GG dadurch „gewährleistet" (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG!), dass es das Eigentum als Grundrecht ausgestaltet, ist ganz offenbar die **Wirtschaft** – im weit verstandenen Sinn der Produktion und Verteilung von Gütern. Insofern ist Eigentum, wie der späte Luhmann sagt, die „strukturelle Kopplung" von Recht und Wirtschaft (ebenso wie der Vertrag).[57] Dies bedeutet: Alle Transaktionen, die das Eigentum betreffen, operieren immer *zugleich in beiden* „Welten"/SINNZUSAMMENHÄNGEN (Luhmann sagt: Funktionssystemen[58]). Wenn ein Haus verkauft wird, disponieren beide Seiten über *wirtschaftliche* Güter – hier das Grundstück, dort das Geld –, und es ändert sich zwangsläufig zugleich deren *rechtliche* Zuordnung (Eintragung im Grundbuch, Erfüllung der Zahlungspflicht).

29 Was diese rechtliche Zuordnung angeht, gilt nun in einer freiheitlich geordneten Wirtschaft als Grundprinzip der **Konsens**: Güter können nur dann rechtswirksam übertragen werden, wenn beide Seiten damit einverstanden sind. Sonst ist es Diebstahl – oder eben Enteignung! Anders gewendet: Eigentumsübertragung geschieht rechtswirksam grundsätzlich nur durch Vertrag (lateinisch „Kontrakt"), und dessen Bedingungen werden frei ausgehandelt auf dem Markt.[59]

---

53 Dies war mein methodischer Ausgangspunkt in *Joachim Lege*, Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums", Berlin 1995.

54 Das erscheint mir besser als „Lebenswirklichkeit".

55 *Friedrich Müller*, Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966, z.B. S. 108, 128, 184 ff. und durchgehend.

56 *Nikas Luhmann*, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965 (viele weitere Auflagen).

57 Z.B *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995 (viele weitere Auflagen), S. 446–468; zum Begriff schon § 15a Rn. 19 mit Fn. 42.

58 Siehe etwa *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Band 2, Frankfurt a.M. 1997, S. 743–776. Am anschaulichsten wohl immer noch der Durchgang durch die konkreten Funktionssysteme „Wirtschaft", „Recht", „Wissenschaft", „Politik", „Religion" und „Erziehung" in *Niklas Luhmann*, Ökologische Kommunikation, Opladen 1986.S. 101–201; schön auch der anschließende Allgemeine Teil S. 202–217: „Funktionale Differenzierung" (mit einem Rundumschlag u.a. zu Markt und Demokratie, Familie und Moral, in Anführungszeichen auch: „Werte").

59 Dies ist mein zentraler Ansatz seit *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53). – Nebenbei: Die Idee kam mir – offenbar per **Abduktion** (§ 6 III) –, als ich mich in den eigentumsrelevanten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bis zur Marktordnung für die Milchwirtschaft in der Bundesrepublik vorgearbeitet hatte: BVerfGE 18, 315 – Milchordnung (1965). Die Idee vom „Markt" wurde dem Stoff also nicht etwa von außen oder gar aus einer höheren Werterkenntnis aufgepfropft.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Markt" ist, ökonomisch betrachtet, der – auch nur gedachte – „Ort", an dem sich Angebot und Nachfrage nach Gütern (hier: Waren[60]) treffen.

Dieser „**Markt**" ist allerdings keineswegs eine Institution, die sich von selbst in einem freien Spiel der Kräfte einstellt (Beweis: die globalen Finanz„märkte").[61] Vielmehr bedarf es stets eines „Marktveranstalters", der die Regeln festlegt, nach denen wirksame Transaktionen erfolgen (in Deutschland vor allem im BGB), und der Verstöße gegen diese Regeln sanktioniert (etwa im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG). Vor allem aber muss geregelt werden, was denn *überhaupt an Gütern* (Waren) gehandelt werden darf: Sklaven? Waffen? menschliche Organe?[62] Und zudem: Was man mit diesen Gütern anfangen darf, ohne die Allgemeinheit zu schädigen – man denke an eine Fabrik, die jede Menge Gift in die Umwelt bläst. Oder an den Abbau von Kies, wenn dadurch Maschinenöl ins Grundwasser gelangt. Nein, so sollte man sein Grundstück nicht ohne weiteres nutzen dürfen! 30

An dieser Stelle können wir endlich auch **Art. 14 Abs. 2 GG** ins Spiel bringen: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen."

Vor diesen Hintergrund kann „der Staat" einem Eigentümer nun im Wesentlichen in zwei „Marktkonstellationen"[63] gegenübertreten: erstens als *Marktveranstalter*, der ohne eigenes Erwerbsinteresse „generell" regelt, welche Güter gehandelt werden dürfen („**Güterdefinition**"). Und zweitens als *Nachfrager* auf dem Markt, der ganz ebenso wie all die anderen Nicht-Eigentümer ein bestimmtes Gut haben will. Dieses Gut muss er dann, wie alle anderen Nicht-Eigentümer auch, vertraglich erwerben. Nur ausnahmsweise darf er sich das Gut zwangsweise beschaffen, weil er es braucht, um damit ein konkretes Gemeinwohlprojekt – eine Autobahn, eine Eisenbahn – zu verwirklichen. Dies nennt man dann Enteignung, sie ist also letztlich ein „**Zwangsvertrag**". 31

60 Dienstleistungen (als die weiteren „Güter" der klassischen Ökonomie) sind Gegenstand von Art. 12 GG (Berufsfreiheit).

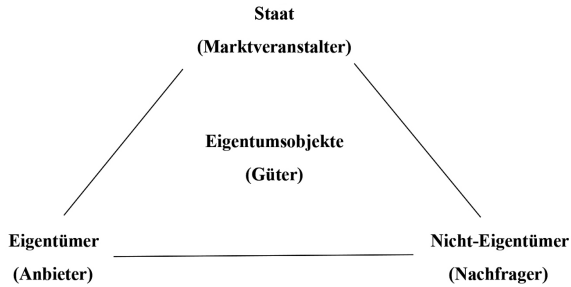
61 Ausführlicher *Joachim Lege*, „Markt oder Staat?" Über eine schiefe, ideologische Alternative, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2015, S. 339-350.

62 Verbot des Organ- und Gewebehandels: § 17 TPG (Transplantationsgesetz); siehe auch § 2 Abs. 1 ESchG (Embryonenschutzgesetz): Verbot der Veräußerung menschlicher Embryonen.

63 *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53), S. 61 ff., insb. S. 67–70.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schematisch lässt sich dies wie folgt darstellen („Marktmodell“[64]):



Gemeint sind selbstverständlich *potentielle* Anbieter und Nachfrager.

32 Und es lässt sich dann auf der sonstig-sozialen („lebensweltlichen“) Seite definieren (allerdings nicht völlig ohne Bezug zur rechtlichen Seite):

- *Inhalts- und Schrankenbestimmung* ist die *Festlegung der rechtlichen Eigenschaften* von Gütern („Güterdefinition“). Sie definiert, welche Rechte und Pflichten *alle* Anbieter und Nachfrager hinsichtlich des Eigentumsobjekts haben. Sie *alle* dürfen – zum Beispiel – ein landwirtschaftliches Grundstück nur mit Genehmigung verkaufen oder kaufen,[65] sie *alle* dürfen eine Denkmalvilla nicht ohne Genehmigung abreißen,[66] und sie *alle* dürfen auf diesem konkreten Grundstück weder Sand noch Kies abbauen.[67]

  Eben deshalb kann es hierfür (also für das, was nicht erlaubt ist[68]) auch keinen Marktpreis geben.

33 - *Enteignung* ist demgegenüber der marktinterne *Sonderzugriff eines Nachfragers* auf das Eigentumsobjekt. Dieser Zugriff beruht auf einem Sonderrecht (z.B. aus § 19 Abs. 1 FStrG, siehe oben), das es ermöglicht, den eigentlich erforderlichen Vertrag durch legitimen Zwang zu ersetzen („Zwangsvertrag“). Und entscheidend ist letztlich, dass dem Sondernachfrager die *Nutzung* des Eigentumsobjekts *übertragen* wird: *Er* darf es nun anstelle des bisherigen Eigentümers für seine Zwecke verwenden.

---

64 *Joachim Lege*, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2011, 507–518 (516 f.); nur in der Formulierung etwas anders *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53), S. 68.

65 Dazu etwa BVerfGE 21, 73 – Grundstücksverkehrsgesetz (1967). Das Grundstücksverkehrsgesetz (GrdstVG) regelt den Markt für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke; es will eine „ungesunde Verteilung des Grund und Bodens“ verhindern (§ 9 GrdstVG).

66 Klassisch BVerfGE 100, 226 – Direktorenvilla/Denkmalschutz (1999).

67 Klassisch, aber falsch RGZ 116, 268 – Galgenberg (1927); klassisch, aber richtig BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981).

68 Wenn ein ernster Scherz erlaubt ist: Die „richtige Meinung“ von diesem durchaus „Schrecklichen“ muss die öffentliche Verwaltung haben (so wie es in Platons guter Staatsverfassung – *politeía* – die „Wächter“ haben müssen). Genauer dazu *Joachim Lege*, „Die richtige Meinung vom Schrecklichen“. Platon über das Staats- und Verwaltungsrecht, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 271–280.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Und weil es sich eigentlich um einen markt*internen* Vorgang handelt, ist als Entschädigung in aller Regel der Marktwert (Verkehrswert, vgl. § 194 BauGB) zu ersetzen.

Nicht notwendig ist übrigens, dass als Nachfrager bei der Enteignung der Staat[69] auftritt. Ebenso gut möglich sind auch Enteignungen zu Gunsten Privater[70] und sogar, wenn man genau hinschaut, Enteignungen durch Private[71].

c) Hypothese: zwei juristische Definitionen

Es ist gar nicht so einfach, diese Überlegungen, die sich auf die „Grundlage" der beiden Begriffe (Savigny!) bezogen, so in den Sinnzusammenhang des Rechts zu übersetzen, dass man sich nicht dem Vorwurf der methodologischen Grenzüberschreitung ausgesetzt sieht.[72] Die „rein juristische Definition" fällt zudem erstaunlich kurz aus: 34

- *Inhalts- und Schrankenbestimmung* des Eigentums (ISB) ist die auf das Eigentumsobjekt bezogene Regelung der Rechte und Pflichten, die an dieses Objekt anknüpfen (**objektbezogene** Regelung) – z.B., ob man ein Grundstück bebauen darf.

  Ob diese Regelung abstrakt durch das Gesetz erfolgt (etwa in § 34 Abs. 1 BauGB) oder in einer konkreten Baugenehmigung (§ 72 Abs. 1 LBauO M-V – Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern), ändert am Charakter als ISB nichts. Das Gleiche gilt für ein Verbot im Denkmal- oder Wasserrecht. Auch hier ist und bleibt[73] der *Vollzugsakt*, mit dem das inhalt- und schrankenbestimmende Gesetz im Einzelfall angewendet wird, selbst eine ISB (Universalienrealismus![74]).

- Die *Enteignung* ist demgegenüber die zwangsweise Übertragung des Eigentums[75] am Objekt auf einen anderen als den bisherigen Eigentümer zu dessen – also des anderen – Nutzung. Anders gewendet: Die Möglichkeit bzw. das Recht, die Sache zu nutzen, wird dem Eigentümer zwangsweise entzogen,[76] damit ein anderer sie statt 35

69 Sei es nun der Staat im engeren Sinn, d.h. in Gestalt des Bundes oder eines Landes, oder der Staat im weiteren Sinn, d.h. in Gestalt von sonstigen Hoheitsträgern wie Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts.

70 Klassischer Fall: Enteignung zugunsten der Daimler-Benz AG, vom BVerfG für rechtswidrig erklärt, siehe BVerfGE 74, 264 – Teststrecke Boxberg (1987).

71 Klassischer, aber kaum bekannter Fall: unentgeltlicher Abdruck von literarischen Werken in (von privaten Verlagen hergestellten) Schulbüchern; begriffliche Qualifizierung offengelassen in BVerfGE 31, 229 – Urheberrecht/Schulbücher (1971); dazu *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53), S. 83; siehe auch unten Rn. 38.

72 So *Lerke Osterloh*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2. Aufl., München 2013, § 55 Rn. 117 Fn. 483: „m.E. von herkömmlichen Interpretationsmethoden gelöst". Ich nehme das als kleines Kompliment für die NJML.

73 Dies ist der entscheidende Unterschied zur Einzelakttheorie!

74 Siehe oben § 4 I.

75 Der Genauigkeit halber: im verfassungsrechtlichen Sinn, nicht im Sinn des BGB. Also: jedes vermögenswerte private, u.U. auch öffentliche, subjektive Recht (z.B. Aktie, Rentenanspruch).

76 Das ist der richtige Kern, wenn die Enteignung manchmal als „Entzugsakt" bezeichnet wird, im Gegensatz zum „Definitionsakt", so *Arnulf Schmitt-Kammler*, Enteignungsentschädigung und staatliche Unrechtshaftung, in: Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift für Ernst Wolf, Köln 1985, S. 595–616;

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seiner nutzen kann (**erzwungene Nutzungsübertragung**). Deshalb ist auch klar, dass es in der Regel einen Marktpreis geben wird.[77]

Keine Enteignung ist hingegen z.B. die Tötung tollwütiger Hunde[78] oder die Vernichtung sonstiger gefährlicher Gegenstand: Niemand darf sie nutzen.

Dass indessen die Enteignung zu Gunsten eines „konkreten Gemeinwohlprojekts" erfolgt, ist – entgegen dem BVerfG[79] – keine Frage des *Tatbestands* der Enteignung, sondern der *Rechtsfolge*: Die Enteignung ist nur dann *rechtmäßig*, *wenn* sie in diesem Sinn „dem Wohle der Allgemeinheit" dient.

Aus diesem Grund kann es leider das Attribut „projektbezogen" – als Kontrast zu „objektbezogen" – nicht in die Definition der Enteignung „schaffen": Wenn dem Eigentümer ein Objekt lediglich entzogen wird, um jemandes anderen Vermögen zu mehren – umso schlimmer!

4. Überprüfung der Definitionen anhand aller einschlägigen Fälle (extensional)

36 Die soeben entwickelten (intensionalen) Definitionen kann man nun, ganz im Sinn der auch naturwissenschaftlichen Erkenntnistheorie, als Hypothesen verstehen, die man „experimentell" überprüfen *muss*. Aber *kann* man dies auch – in gleicher Weise wie dort?

Klassisch für die Idee des „experimentierenden Denkens" im Recht – im Anschluss an den Kritischen Rationalismus Karl Raimund Poppers (1902–1994) – ist die Rechtsphilosophie von Reinhold Zippelius (geb. 1928).[80]

Die NJML behauptet: Man *kann* es – aber nicht in völlig gleicher Weise wie dort. Man kann lediglich – jetzt *extensional* – möglichst alle einschlägigen Fälle daraufhin durchgehen,

- erstens, unter welche der beiden Definitionen der Tatbestandsmerkmale „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung" sie sich subsumieren lassen, und
- zweitens, ob das, was daraus folgt – die konkrete Rechtsfolge –, auch im Ergebnis als „richtig" erscheint.

Arnulf Schmitt-Kammler, Das „Sonderopfer" – ein lebender Leichnam im Staatshaftungsrecht?, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 2515–2520 (2516).

77 Im Fall der Zwangseinweisung von Mietern in eine Wohnung – und die Mieter zahlen dann nicht – wäre dies die ortsübliche Miete. – Nach der hier vertretenen Definition ist eine solche Zwangseinweisung eine „echte" Enteignung, nämlich der Zugriff auf ein Eigentumsobjekt aufgrund eines Sonderrechts, das die Übertragung der Nutzung auf einen anderen als den Eigentümer ermöglicht („Zwangsvermietung"). In der klassischen Entscheidung BGHZ (GS) 6, 270 – Wohnungseinweisung (1952) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen [Großer Senat] Band, Seite) – hatte der BGH dies aufgrund des damals herrschenden (und falschen) Enteignungsbegriffs noch nicht erkennen können – und musste deshalb mit einigen Klimmzügen den „enteignungsgleichen Eingriff" erfinden.

78 BVerfGE 20, 351 – Tollwütige Hunde (1966).

79 BVerfGE 104, 1 (9 f.) – Städtebauliche Umlegung (2001); krit. dazu *Lege*, Eigentumsgrundrecht, in: JURA 2011, 507 (513 f.).

80 *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III („Experimentierende Rechtsgewinnung"); weniger plakativ *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 12 I c.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Geht man so vor,[81] gibt es zunächst die vielen ganz eindeutigen Fälle: einerseits Enteignungen für Autobahnen und Eisenbahnen, andererseits Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Natur- und Denkmalschutz („Begriffskern", § 15a Rn. 8). Sodann gibt es Fälle, die schwerer zu begründen sind („Begriffshof"): Dass zum Beispiel die Pflicht, von jedem Druckwerk ein Exemplar an die Staatsbibliothek abzuliefern („Pflichtexemplar"), als ISB zu qualifizieren ist,[82] verlangt ein wenig Aufwand.[83] 37

Schließlich gibt es auch *Überraschungen*, weil Abweichungen von der herrschenden Meinung (h.M.): So war es gewiss eine Enteignung, als der Staat das Vermögen der privaten Stiftung, die zu Gunsten der Contergan-geschädigten Kinder eingerichtet worden war, verstaatlicht hatte – das hätte so nicht geschehen dürfen.[84] Ebenso ist ein *Squeeze-out* von Aktionären aus einer Aktiengesellschaft (§§ 327a ff. AktG – Aktiengesetz) eine Enteignung (durch Private!), es wäre also nur „zum Wohle der Allgemeinheit" zulässig.[85] Entgegen der h.M. ist auch die sogenannte städtebauliche Umlegung eine Enteignung[86] – oder zumindest ein Grenzfall.[87] 38

Dass hingegen der Atomausstieg *keine* Enteignung war[88] – niemand mehr darf ein solches Kraftwerk betreiben –, lag für Kenner des Art. 14 GG auf der Hand.

5. Resümee

Insgesamt kann man jedenfalls sagen: Die Hypothese, die in den beiden vorgeschlagenen Definitionen steckt, hat sich „bewährt". Die Definitionen ermöglichen eine klare *Trennung* der beiden Rechtsinstitute „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung" (ISB) – wir erinnern uns: „Begriff" kommt von „begrenzen"[89]. Diese begriffliche *Klarheit* ist im Recht ein wichtiger erster Schritt; sie besteht letztlich in der 39

81 Dies habe ich in *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53), S. 72–139, in der Tat unternommen – in steter Auseinandersetzung mit dem „Sprachgebrauch" auch der anderen Positionen.

82 BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981); zu dieser hochwichtigen Entscheidung schon Rn. 21 f.

83 BVerfGE 58, 137 (149 f.): Der Verleger erwirbt das Eigentum an der *Gesamt*auflage des Buchs *von vornherein belastet* mit der Ablieferungspflicht (Naturalabgabe); plausibler wird dies, wenn man es mit dem Schatzfund vergleicht: Gemäß § 984 BGB erwirbt der Finder nur zur Hälfte Eigentum, Eigentümer zur anderen Hälfte wird der Eigentümer der Sache, in der der Schatz verborgen war (meist also der Eigentümer des Grundstücks). In der Entscheidung BVerfGE 78, 205 – Uracher Schatzfund (1988) – ging das Eigentum sogar kraft Landesrechts vollständig auf das Land Baden-Württemberg über. – Zum Erwerb von Eigentum durch Verarbeitung (§ 950 BGB) auch sogleich unter § 19 III.

84 BVerfGE 42, 263 – Contergan-Stiftung (1976).

85 *Lege*, Eigentumsgrundrecht (Fn. 64), in: JURA 2011, 517 f.; klassisch zuvor schon BVerfGE 14, 263 – Feldmühle-AG (1961), dazu *Lege*, Zwangskontrakt (Fn. 53), S. 83 f.; am leichtesten zugänglich *Joachim Lege*, Art. 14 GG für Fortgeschrittene. 45 Fragen zum Eigentum, die Sie nicht überall finden, in: Zeitschrift für das juristische Studium (ZJS-online) 2012, 44–53 (Frage 32).

86 A.A. (= anderer Ansicht) das Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 104, 1 – Baulandumlegung (2001). – Bei der Umlegung werden, um Bauland zu schaffen, in einem bestimmten Gebiet die dortigen Grundstücke, weil ungünstig geschnitten, den Eigentümern entzogen und „zu einer Masse vereinigt". Aus dieser Masse werden Grundstücke neu zugeschnitten, und diese werden dann nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel an die ehemaligen Eigentümer „zurückverteilt".

87 So *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II - Grundrechte, München 2018, § 12 Rn. 59.

88 BVerfGE 143, 246 – Atomausstieg (2016).

89 Natürlich ist dies scherzhaft gemeint. Zwar steckt in lateinisch *definitio* wirklich das Wort *finis* = die Grenze (und im Altgriechischen bedeutet *hóros* sowohl Grenze als auch Definition). Nichtsdestowe-

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eindeutigen Zuordnung von Intension (Tatbestand, Definition), Extension (Fälle) und den praktischen Konsequenzen (Rechtsfolge) des Begriffs.

Zu „Klarheit" als dem Potential von Begriffen schon § 5 I.

40 Mit dieser Klarheit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die beiden Begriffe auch „richtig" sind – zumal sie, wie nun offengelegt werden kann, mit einer „gründlich" anderen Bestimmung beider Begriffe konkurrieren. Diese andere Begriffsbestimmung geht „im Grunde" (Savigny![90]) davon aus, dass sich Enteignung und ISB nicht qualitativ, sondern quantitativ voneinander unterscheiden: Eine „Enteignung" liege vor, wenn die Beeinträchtigung des Eigentums den Eigentümer im Einzelfall (siehe oben: Galgenberg[91]) so intensiv trifft, dass er sie ohne Entschädigung nicht soll hinnehmen müssen. Diesseits dieser Schwelle liege die ISB, sie konkretisiere die „Sozialbindung" des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG: „Eigentum verpflichtet …"), und eine solche Sozialbindung habe man als Eigentümer entschädigungslos hinzunehmen.

Man kann die erste Begriffshypothese daher „Trennungstheorie" nennen, die zweite Begriffshypothese die „Schwellentheorie".[92]

41 Welche dieser beiden Theorien ist nun aber die richtige? Hierzu muss man offenbar *noch* weiter ausholen, muss man den Dingen *noch mehr* auf den „Grund" gehen (Savigny) – oder gar Hinter-Grund (dazu sogleich)? Dabei wird sich vor allem die Frage stellen, wie sich diese beiden Theorien *zueinander* verhalten: Sind sie miteinander kompatibel, ergänzen sie sich vielleicht sogar – wie die Theorien des Lichts[93]? Oder sind sie so unvereinbar wie das geozentrische und das heliozentrische Weltbild? Es sei schon hier verraten: Sie sind inkompatibel.

Gestützt auf ein berühmtes Buch kann man beim Verhältnis von Theorien zueinander zwei Arten unterscheiden: Im ersten Fall sind die Theorien kompatibel, das ist der Fall der „normalen Wissenschaft", in der man wie in einem *puzzle* die verschiedenen Teile zusammenzufügen hat. Im zweiten Fall sind die Theorien inkompatibel, und man muss sich für die eine oder die andere „Hintergrund-Vorstellung" entscheiden. Thomas S. Kuhn nennt dies – berühmter Begriff – einen Paradigmenwechsel.[94]

42 Wir werden im Folgenden zunächst ein Beispiel von systeminternem *puzzling* darstellen – es illustriert die hohe Kunst der vor allem zivilrechtlichen Dogmatik (III). Danach werden wir im Rahmen von Paradigmenwechseln noch einmal auf die Eigentumsproblematik zurückkommen (§ 20).

---

niger kommt das Wort „Begriff" etymologisch natürlich von „begreifen" (und lateinisch *conceptus* von *concipere* = zusammenfassen, erfassen; siehe auch englisch *concept*). – Siehe auch schon § 10 Rn. 27.

90 Siehe oben § 19 Rn. 6.

91 RGZ 116, 268 – Galgenberg (1927), siehe oben Rn. 20.

92 *Joachim Lege*, Enteignung und „Enteignung". Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, in: NJW 1990, S. 864–872.

93 Zur Auffrischung: Weder die Wellentheorie noch die Korpuskeltheorie des Lichts können allein sämtliche Phänomene des Lichts erklären.

94 *Thomas S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, Chicago 1964 (172 Seiten!), viele weitere Auflagen; deutsch: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, Frankfurt a.M. 1967, ebenfalls viele weitere Auflagen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Systematisierung innerhalb von Kodifikationen

Die sozusagen höchste Stufe der höchsten Stufe bei der Gewinnung von Rechtsregeln ist die – systematisch abschließende – Kodifikation eines ganzen Rechtsgebietes in einem einzigen großen Gesetzeswerk – wie dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) von 1812 und dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) von 1900 – oder gar die Kodifikation des gesamten Rechts eines Staates – wie das Allgemeine Landrecht (ALR) für die preußischen Staaten von 1794. Hinter solchen Kodifikationen stehen gewaltige geistige Leistungen, von denen sich die heutige Ad-hoc-Gesetzgebung wohl kaum noch eine Vorstellung machen kann, und vor allem viel Zeit, ja geradezu Muße[95] zum Reifenlassen und Abwägen verschiedener Regelungsmodelle. Wir haben insoweit schon auf die Idee eines „Allgemeinen Teils" hingewiesen, die offenbar nur im deutschen BGB in dieser Strenge verwirklicht wurde.[96] 43

> Wieviel künstlerische und wissenschaftliche Muße im preußischen Allgemeinen Landrecht steckt, illustrieren vielleicht am schönsten die Kutschfahrten in die Umgebung Berlins, auf denen die beiden Hauptautoren – Carl Gottlieb Svarez (1746–1798) und Ernst Ferdinand Klein (1744–1810) – ihre Gedanken sacken ließen.[97]

Eine andere Frage ist, wie man dann innerhalb solcher Kodifikationen systematisch arbeitet, wenn es trotz des schon bestehenden (!) Systems notorisch schwierige Auslegungsfragen gibt. Die Antwort lautet auch hier: Es muss ein möglichst **vollständiges** Gesamtkunstwerk geschaffen werden, das die im System vorhandenen **Regeln** (Tatbestände und Rechtsfolgen) möglichst **widerspruchsfrei** einander zuordnet. Das ist gelegentlich eine gewaltige Aufgabe. 44

1. Das zu ordnende Material: Die Verweisungen auf „Rückabwicklungssysteme" im BGB

Ein Beispiel ist das – vermutete (!) – System, das „hinter" den vielen Vorschriften steht, in denen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) grob gesprochen auf „Rückgewähransprüche" verwiesen wird, genauer: auf bestimmte *Bereiche* von Rück*abwicklungssystemen*.[98] 45

> Für Nichtjuristen: „Rückgewähr" meint das Rückgängigmachen von Verschiebungen in der Vermögenszuordnung. Klassischer Fall: Geld zurück, Ware zurück.

---

95 Programmatisch der ehemalige Präsident des BVerfG und danach Bundespräsident („Ruck-Rede") *Roman Herzog*, Muße als Forschungsressource, in: Dieter Dörr et al. (Hrsg.), Die Macht des Geistes. Festschrift für Hartmut Schiedermair, Heidelberg 2001, S. 459–463. – Der Begriff „Muße" – lateinisch *otium* – ist heute kaum noch geläufig. Er meint die Zeit, die zwanglos für die wichtigen Dinge, also etwa für Nachdenken, verwendet werden kann. Gegensatz: *negotium* – das Geschäftliche und Geschäftige (vgl. englisch *negotiate*).

96 Radikalkritik daran: *Filippo Ranieri*, Die deutsche Pandektistik: Europäischer Aufstieg und Niedergang eines rechtswissenschaftlichen Modells, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 417–442.

97 *Michael Kleensang*, Das Konzept der bürgerlichen Gesellschaft bei Ernst Ferdinand Klein, Frankfurt a.M. 1998, S. 21 Fn. 69 mit weiteren Nachweisen.

98 Umfassende Untersuchung: *Anne Christin Wietfeld*, Bereichsverweisungen auf Rückabwicklungssysteme im Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine systematische Analyse, Tübingen 2020; Rezension: *Jürgen Kohler*, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 221 (2021), S. 753–764.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Einführung: Wie macht man ein Rechtsverhältnis rückgängig?

46 In groben Zügen (gerade auch für Nicht-Juristen) geht es um Folgendes:

Es gibt immer wieder Situationen, in denen sich ein Rechtsverhältnis nicht so entwickelt, wie es anfangs gedacht war – die Verlobung platzt, der Kunde tritt vom Kaufvertrag zurück. Oder es entwickelt sich kraft Gesetzes ein Rechtsverhältnis zum Vorteil des einen und zum Nachteil des anderen – der Kunstmaler erwirbt gemäß § 950 Abs. 1 BGB[99] Eigentum an der Leinwand und an den Farben, die er für sein Kunstwerk verwendet, auch wenn sie ihm nicht gehört haben (klassisches Schulbeispiel). Wenn sich die Dinge im Nachhinein so entwickelt haben: Wie soll dann das,

> was der *eine Teil* ohne einen ausreichenden Rechtsgrund bekommen hat (Verlobungsgeschenk, das gelieferte Fahrrad) bzw. was er ohne ausreichenden Rechtsgrund verloren hat (das Eigentum an Farbe und Leinwand) –

wie soll dies wieder

> zum *anderen Teil* zurückkommen (Verlobungsgeschenk, gekauftes Fahrrad) bzw. vom anderen Teil ersetzt werden (der Wert der Farben und der Leinwand)?

47 In diesen und ähnlichen Fällen hat es, anders gewendet, eine Verschiebung von Vermögenspositionen gegeben, die sich im Nachhinein als nicht oder nicht mehr gerechtfertigt darstellt – so dass sie „irgendwie rückgängig" gemacht werden muss. Allerdings sind die Fallkonstellationen dann doch so verschieden, dass es hierfür im BGB mehrere verschiedene Vorschriften (Regeln) zur „Rückabwicklung" gibt – mehr noch: mehrere verschiedene Rückabwicklungs**systeme**. Diese „Systeme" regeln nicht nur ein einziges, sondern eine ganze Reihe von Problemen – also etwa: dass die bisher erbrachten Leistungen zurückzugewähren sind und die bisherige Nutzung zu entgelten ist (beim Fahrradkauf); oder dass der Kunstmaler den Wert der Farbe zu ersetzen hat, dass aber eine „Wiederherstellung des früheren Zustands nicht verlangt werden" kann (§ 951 Abs. 1 Satz 2 BGB).

b) Die „Rückabwicklungssysteme" im BGB

48 Die beiden wichtigsten Rückabwicklungssysteme im BGB sind der Rücktritt (§§ 346–354 BGB) und die notorisch schwierige „ungerechtfertigte Bereicherung" (§§ 812–822 BGB) – dazu gleich mehr.

> Grob gesagt: Beim Rücktritt „war schon was" zwischen den Beteiligten, und dies endet kraft einseitiger (eben Rücktritts-) Erklärung. Ungerechtfertigte Bereicherungen können hingegen auch eintreten, ohne dass „schon was war". Deshalb muss der Bereicherte, das ist die wichtigste „Wertung", weniger sorgsam mit dem umgehen,

99 Wortlaut: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

was er erlangt hat.[100] Beispiel: Wer zu viel Unterhalt bekommen hat (ohne zu wissen, dass es zu viel war) und mit dem Überschuss Schulden abbezahlt, kann sich (unter Umständen) mit Erfolg darauf berufen, „nicht mehr bereichert" zu sein (§ 818 Abs. 3 BGB) – sog. Einwand der Entreicherung –; er muss die Überzahlung also nicht herausgeben.[101]

Daneben gibt es noch andere Rückabwicklungssysteme, etwa im Recht der „unerlaubten Handlungen", man nennt es auch Deliktsrecht (§§ 823–853 BGB), ferner bei der sogenannten Geschäftsführung ohne Auftrag, kurz „GoA" (§§ 677–687 BGB) und im ebenfalls notorisch schwierigen Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, kurz „EBV" (§§ 985–1007 BGB). 49

c) Verweisungen auf Rückabwicklungssysteme

Der durch und durch systematische Charakter des BGB wird nun darin besonders deutlich, dass es in vielen, auf das ganze BGB verteilten Vorschriften *Verweisungen* auf die genannten Rückabwicklungssysteme gibt. Zum Beispiel: 50

> **§ 1301 BGB** Unterbleibt die Eheschließung, so kann jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. (…)
>
> **§ 439 Abs. 6 BGB** Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 [= die Vorschriften über die Rechtsfolgen des Rücktritts] verlangen. (…)

So verweisen auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung – kurz auch „Bereicherungsrecht" genannt – nicht weniger als 24 Vorschriften,[102] und sie stammen aus so unterschiedlichen Bereichen wie dem Schenkungsvertrag, der Miete, dem Verlöbnis, dem ehelichen Güterrecht (bei Gütergemeinschaft) und dem erwähnten Eigentumserwerb durch Vermischung oder Verarbeitung (Kunstmalerfall). Auf das Recht des Rücktritts wird „an vielen Stellen" verwiesen,[103] und zwar teils in seiner Gesamtheit („Bereichsverweisung"), teils auf einzelne seiner Regeln. Hier ist das Spektrum der Verweisungsvorschriften etwas schmaler, es geht im Wesentlichen um die Rückabwicklung von Verträgen (z.B. Kauf, Werkvertrag, Reisevertrag) oder, ganz allgemein, von „Leistungsstörungen" (z.B. Lieferung einer falschen Ware, Zerstörung der Ware, bevor sie ankommt).

---

100 Siehe zum Unterschied von § 818 Abs. 3 BGB und §§ 280 ff. BGB etwa *Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, Vorbemerkung zu §§ 812 ff. BGB Rn. 20.

101 Das ist allerdings umstritten (man sagt auch „streitig"). Wie hier, allerdings mit Einschränkungen, BGHZ 118, 383 – Ehegattenunterhalt (1992). Die Einschränkung lautet: Dies gilt nur dann, wenn der Bereicherte das Geld auch sonst hätte zurückzahlen können, wenn er also die Überzahlung *per saldo* für einen Lebensstandard verwendet hat, den er sich sonst nicht hätte leisten können. – Mir leuchtet dies nicht wirklich ein: Guter Glaube muss doch auch, ja gerade demjenigen zugutekommen, der es besonders nötig hat.

102 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 57.

103 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 347.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisungen

51 So systematisch all dies auf den ersten Blick erscheint, so schwierig ist häufig zu ermitteln, was die Verweisung *genau* meint. Insofern gibt es zwei Möglichkeiten (es klingt zunächst etwas kompliziert): Entweder verweist die verweisende Regel (Verweisungsvorschrift) bei der Regel oder den Regeln, auf die sie verweist (Verweisungsobjekt), auf die *gesamte* Regel, also *auch* auf deren Voraussetzungen im *Tatbestand* – dies nennt man eine Rechts*grund*verweisung. Oder die Verweisungsvorschrift verweist allein auf die *Rechtsfolge(n)* der Regel(n), auf die verwiesen wird – dies nennt man eine Rechts*folgen*verweisung. Nehmen wir ein Beispiel außerhalb des Rücktritts und der ungerechtfertigten Bereicherung:

> **§ 992 BGB** Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat den Besitz [an einer Sache] verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

52 Dies kann sich allein auf die in den §§ 823–853 BGB geregelten *Rechtsfolgen* beziehen, zum Beispiel auf § 848 BGB (Schadenersatz auch dann, wenn die Sache zufällig von einem Dritten zerstört wird). Es kann sich aber auch auf die *Tatbestände* im Recht der unerlaubten Handlungen beziehen, zuvörderst auf (Hervorhebung J.L.)

> **§ 823 Abs. 1 BGB** Wer *vorsätzlich oder fahrlässig* das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

In diesem Fall haftet der Besitzer der Sache nur dann auf Schadensersatz, wenn ihm beim Umgang mit der Sache Verschulden (= *Vorsatz oder Fahrlässigkeit*) vorzuwerfen ist.

> Natürlich kann dies nur dann eine Rolle spielen, wenn der Besitzer bei seiner „verbotenen Eigenmacht" noch gutgläubig war, sich damals also selbst für den Eigentümer hielt.[104] Hat er bereits bei der Besitzverschaffung schuldhaft gehandelt, ist der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllt, und § 992 BGB führt auch als Rechts*grund*verweisung zum Schadensersatz.[105]

53 Nach ganz h.M. ist § 992 BGB eine Rechts*grund*verweisung.[106]

2. Die Suche nach der inneren Logik der Verweisungen

54 Was nun das Verhältnis der verschiedenen Rückabwicklungssysteme zueinander angeht – und vor allem: das Verhältnis der *Verweisungen* auf diese Systeme –, so hat man sich darüber offenbar lange Zeit keine übergreifenden Gedanken gemacht. Vielmehr hat man von Fall zu Fall, genauer: von Einzelverweisungsvorschrift zu Einzelverweisungsvorschrift separat entschieden, ob es sich um eine Rechtsgrund- oder um eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Folglich muss man, wenn man das erste Mal mit einer solchen Einzelvorschrift zu tun hat, stets im Kommentar nachschauen, wie insoweit der Meinungstand ist. Und die Studenten bekommen eine Menge zum Auswendiglernen.

---

104 Z.B. *Christian Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl. 2023, § 992 Rn. 4.

105 Z.B. *Jörg Fritzsche*, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, Stand 01.02.2024, § 992 Rn. 16.

106 Z.B. *Frank Spohnheimer*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, Stand 01.02.2024, § 992 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nehmen wir den schon erwähnten Fall, in dem jemand durch Verarbeitung (§ 950 BGB) Eigentum an Sachen erworben hat, die ihm nicht gehörten (Kunstmaler). Wie ist dann die folgende Vorschrift auszulegen?

> **§ 951 Abs. 1 Satz 1 BGB** Wer infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 950 einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. (…)

Anders gefragt: Verweist § 951 BGB nur auf *Rechtsfolgen*, die im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung geregelt sind, d.h. vor allem[107] auf die §§ 818 ff. BGB (mit dem schon erwähnten Privileg[108] der Entreicherungseinrede, § 818 Abs. 3 BGB) – Rechts*folgen*verweisung? Oder verweist § 951 BGB auch auf die *Tatbestände* im Bereicherungsrecht, also auf die §§ 812 bis 817 BGB - Rechts*grund*verweisung? Anders gewendet: Muss man auch noch – über die Voraussetzungen des § 951 hinaus – zusätzlich prüfen, ob die in den §§ 812 bis 817 BGB tatbestandlich geregelten Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs vorliegen? 55

Das kann durchaus kompliziert werden, denn schon

> **§ 812 Abs. 1 BGB** Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. (…)

enthält verschiedene „Kondiktionen" (grob übersetzt: Bereicherungskonstellationen), die nicht immer leicht auseinanderzuhalten sind („Leistungskondiktion", „Eingriffskondiktion", sonstige „Nichtleistungskondiktionen" etc.).[109]

Zu **§ 951 BGB:** Nach (noch) ganz h.M. handelt es sich um eine Rechts*grund*verweisung. 56

Nun ist natürlich dieses offene Bekenntnis zu einer fehlenden inneren Logik – und das heißt: Folgerichtigkeit (s.o. § 4)! – der vielen Verweisungen im BGB unbefriedigend. Man nimmt dessen „äußeres System"[110] unhinterfragt hin, früher vielleicht aus berechtigtem Vertrauen auf die Weisheit seiner Konstrukteure, heute eher aus Resignation oder gar aus einem fehlenden Systemwillen, der sich mit seinen kurzen Ableitungen für „pragmatisch" hält. Aber wäre es nicht schöner – und „rechtssicherer"! –, wenn es anstelle der vielen Einzelfälle wenigstens *einige* allgemeine Aussagen gäbe – und sei es nur zu den Verweisungen auf das Bereicherungsrecht? 57

107 Aber auch auf die §§ 813, 814, 815, 817 Satz 2, 821 BGB, dazu *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 294–306.

108 *Bernd Linke*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, § 818 Rn. 40; diese Privilegierung ist offenbar eine deutsche Besonderheit, siehe *Prinz von Sachsen Gessaphe* in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 100), Vorbemerkung zu §§ 812 ff. BGB Rn. 6.

109 Siehe nur etwa *Dirk Looschelders*, Schuldrecht – Besonderer Teil, 19. Aufl., München 2024, §§ 53–55.

110 Zu dieser Redeweise oben Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Begriffsklärungen: Drei Unterscheidungen

58 In der Tat hat kürzlich Anne Christin Wietfeld einen solchen Versuch unternommen.[111] Er interessiert uns weniger von den Ergebnissen her als von der Methode – als ein Beispiel für das Systematisieren von Regeln in schon bestehenden Regelsystemen, insbesondere in Kodifikationen wie dem BGB.

Wietfeld beginnt im Grunde sehr cartesisch (§ 1 Rn. 6), indem sie bei den Verweisungen „klar und deutlich" (*clare et distincte*) im Wesentlichen drei Arten unterscheidet:

- *Konstitutive und deklaratorische Verweisungen.* Die *deklaratorischen* Verweisungen regeln etwas, das auch ohne sie bereits geregelt wäre, dienen also nur der Klarstellung. So heißt es etwa in § 531 Abs. 2 BGB: „Ist die Schenkung widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden." Das Gleiche ergibt sich schon aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB in der *condictio ob causam finitam*. Demgegenüber regeln *konstitutive* Verweisungen etwas, dass sich nicht schon – oder nicht ohne weiteres – aus anderen Vorschriften ergibt. Dies ist etwa, wenn man Wietfeld folgt, der Fall beim genannten § 951 BGB (Rückabwicklung nach Verarbeitung).
- Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisung. Dies haben wir schon erläutert.
- *Einzelverweisung und Bereichsverweisung.* Bei der Einzelverweisung wird auf einzelne Vorschriften verwiesen, z.B. nur auf § 278 BGB (Haftung für Erfüllungsgehilfen). Die Bereichsverweisungen öffnen das Tor zu einem ganzen Normenkomplex, hier also insbesondere zum Bereicherungsrecht (§§ 812–822 BGB) oder zum Recht des Rücktritts (§§ 346–354 BGB). Eine Mittelstellung nehmen Verweisungen auf einen kleineren Normenkomplex ein, etwa die häufige Verweisung auf die §§ 346 bis 348 BGB, sie regeln die Standardrechtsfolgen des Rücktritts.

b) Zwei „Referenzgebiete" für Bereichsverweisungen: ungerechtfertigte Bereicherung und Rücktritt

59 Mit diesem begrifflichen Schema kann man nun prüfen, wie sich die vielen Bereichsverweisungen auf Rückabwicklungssysteme im BGB einordnen lassen – und *was daraus folgt*. Wietfeld beschränkt sich dabei in ihrer Untersuchung auf die beiden wichtigsten – ungerechtfertigte Bereicherung und Rücktritt – und widmet insoweit wiederum dem Bereicherungsrecht den deutlich größeren Raum (298 gegenüber 95 Seiten).

Dies liegt nicht zuletzt daran, dass das Recht des Rücktritts im *Allgemeinen Teil* des Schuldrechts (Zweites Buch des BGB) geregelt ist.[112] Es gilt also – weil „vor die Klammer gezogen" – auch ohne Verweisung im gesamten Besonderen Schuldrecht.

c) Allgemeine Regeln und konkrete Folgerungen

60 Im Ergebnis kommt Wietfelds – im Einzelnen sehr komplizierte – Untersuchung zu einer sehr allgemeinen Aussage jedenfalls für die Verweisungen auf das *Bereicherungs-*

111 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98).
112 Zur Regel- und Systembildung durch Allgemeine Teile schon § 11 Rn. 40 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

recht. Diese Aussage würde – wenn sie denn stimmt – die innersystematische Dogmatik des BGB erheblich vereinfachen. Sie lautet:

> Die *konstitutiven* Verweisungen (und das sind die meisten) auf das Bereicherungsrecht sind allesamt Rechts*folgen*verweisungen.[113]

61 Anders gewendet: Diejenigen Vorschriften, die auf die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts verweisen, fallen allesamt nicht unter eine der vielen „Kondiktionen" des § 812 BGB. Vielmehr bilden sie allesamt je eigene Kondiktionen („Bereicherungskonstellationen") *außerhalb* des (sozusagen Kern-) Bereicherungsrechts.[114] Dadurch wiederum wird dieses Kernbereicherungsrecht der §§ 812–822 BGB, obwohl es sich im *Besonderen* Teil des Schuldrechts befindet, gleichsam zu einem *Allgemeinen* Teil[115] all derjenigen Rückabwicklungsverhältnisse, die durch einen Verweis auf die *Rechtsfolgen* der §§ 818 ff. BGB[116] entstehen.

> Möglicherweise ist dieser Gedanke im Wege der Abduktion entstanden (§ 6 III) – eben im Vergleich der systematischen Stellung der beiden Rückabwicklungssysteme „Bereicherungsrecht" und „Rücktritt" im (Besonderen und Allgemeinen) Schuldrecht.

62 Konkret folgt daraus dann etwa, dass es sich auch bei § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht um eine Rechtsgrund-, sondern um eine reine Rechts*folgen*verweisung handelt.[117]

> Anders gewendet: § 951 BGB ist selbst bereits eine Anspruchsgrundlage; er wird dies nicht erst in Verbindung mit § 812 BGB.

63 Zudem folgt daraus ein Verbesserungsvorschlag: Bei zwei Vorschriften passt offenbar das Bereicherungsrecht – mit seinem Entreicherungseinwand (§ 818 Abs. 3 BGB) – „nicht wirklich". Deshalb sollte, so Wietfeld, stattdessen auf das Rücktrittsrecht, genauer auf die §§ 346–348 BGB, in den beiden folgenden Konstellationen verwiesen werden:

- Erstattung von im Voraus entrichteter Miete (§ 547 Abs. 1 Satz 2 BGB),
- Rückzahlung vorausgezahlten Lohns nach fristloser Kündigung (§ 628 Abs. 1 Satz 3 BGB).[118]

3. Resümee

64 Es muss an dieser Stelle nicht entschieden werden, ob die Ergebnisse, zu denen Wietfeld gekommen ist, in jeder Hinsicht überzeugen. Wichtig ist erstens: Auch Wietfelds Untersuchung zeigt, dass weder allein die Tatbestände noch allein die Rechtsfolgen von Regeln (Rechtssätzen) für ihre systematische Einordnung („Rechtsnatur"[119]) ausschlaggebend sind. Entscheidend ist vielmehr das „Zusammenspiel von Tatbestand und Rechtsfolge"[120].

---

113 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 180 (Zusammenschau der Ergebnisse zu 1 und 3).
114 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 196.
115 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 345.
116 Hierzu *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 199–307.
117 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 77–111; *Kohler* (Fn. 98), S. 756, attestiert insoweit „gut vertretbare Gründe".
118 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 341; krit. *Kohler* (Fn. 98), S. 760–762.
119 Der Terminus ist ein wenig antiquiert, wird aber auch heute noch verwendet.
120 *Wietfeld*, Rückabwicklungssysteme (Fn. 98), S. 185 und öfter.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

65 Zweitens: Wenn es darum geht, in einem Rechtssystem dessen innere Vernunft zu entdecken, dann ist dies vor allem eine Herausforderung an die **Logik**. Dazu gehört freilich *auch*, ja zuvörderst, dass die vielen Syllogismen, die sich aus den systematisierten Regeln ableiten lassen, zu Rechtsfolgen führen, die auch im Ergebnis „passen". Wenn man will, kann man dies als „Wertung" bezeichnen. Klar dürfte dann aber sein, dass es sich nicht etwa um eine höhere oder gar außerrechtliche Wertung handelt. Die „innere Logik" ist vielmehr rechtlich-systemimmanent.

IV. Zum Abschluss

66 Wir haben in diesem § 19 drei Beispiele zur Systematisierung von Regeln vorgeführt. Alle drei dürften gezeigt haben, dass „Systembildung" in der Jurisprudenz sehr viel weniger eine Frage des Abwägens abstrakter Prinzipien oder gar von ethischen Wertentscheidungen ist. In viel größerem Maß ist Systembildung in einem einigermaßen komplexen Recht – gemeint: in einem Recht, das sehr vielen Fallgestaltungen in differenzierter Weise gerecht werden will – zum allergrößten Teil eine mühevolle Untersuchung des immer wieder widerspenstigen Details: „Es ist eine Hundearbeit"[121]. Denn am Detail, das heißt am Fall – *jedem* Fall –, muss sich *zeigen*, ob die große Linie, die man entwirft, auch ihm gerecht wird. Wenn dem nicht so ist, muss man noch einmal genauer hinschauen oder in anderer Weise, etwa durch die Formulierung einer Ausnahme, nachjustieren. Was man nicht tun darf: die Einzelfallgerechtigkeit einer dogmatischen Folgerichtigkeit opfern.[122]

67 Zwei Beispiele für nochmaliges Hinschauen: (1) Bei der berühmten Entscheidung des BGH zum „enteignungsgleichen Eingriff"[123] handelte es sich in Wahrheit … um eine echte Enteignung! Der BGH hätte also gar nicht diesen irreführenden Pfad einschlagen müssen (s. schon §16 Rn. 43). (2) Die berühmte Pflichtexemplar-Ablieferungspflicht lässt sich wohl nur dann plausibel als Inhalts- und Schrankenbestimmung qualifizieren, wenn man sie mit dem Eigentumserwerb beim Schatzfund vergleicht.[124]

68 Ein Beispiel für Nachjustieren ist der Vorschlag an den Gesetzgeber, eine Unstimmigkeit zu beseitigen.[125] (Falls er dies dann beharrlich verweigert, dürfen ihm Gerichte durchaus einmal den Gehorsam verweigern.[126]) Ein Beispiel für falsche dogmatische Folgerichtigkeit läge schließlich vor, wenn man einem Geschädigten um der Reinheit der Theorie willen eine Entschädigung versagt, obwohl man sie eigentlich für geboten hält.[127]

---

121 So Bernhard Windscheid in einem Brief an Rudolf von Jhering vom 10. März 1861, zitiert von *Ulrich Falk*, Der Gipfel der Pandektistik: Bernhard Windscheid (1817–1892), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 129–150 (144).

122 Umgekehrt darf man natürlich auch nicht die dogmatische Folgerichtigkeit einer Rechtsfindung nach Lust und Laune im Einzelfall opfern.

123 BGHZ (GS) 6, 270 – Wohnungseinweisung (1952); dazu schon in Fn. 77.

124 BVerfGE 78, 205 – Uracher Schatzfund (1988); dazu schon bei und in Fn. 83.

125 Ein Beispiel oben Rn. 63.

126 Besonders *tricky* wird es, wenn der Gesetzgeber dies schon mit einkalkuliert, siehe zu § 253 BGB – Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – unten § 27 Rn. 18.

127 Dies ist natürlich ein völlig frei erfundenes Beispiel.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 20 Paradigmenwechsel

Ich habe eine Weile geschwankt, ob ich diesen § 20 als einen eigenen Paragraphen ausflagge oder ob man das, was er behandelt, noch im Kontext von „§ 19 – Regeln systematisieren" unterbringen kann. Wie man sieht, ist es ein eigener Paragraph geworden, und zwar deshalb, weil bei einem Paradigmenwechsel[1] die Grenze des harmonischen Systematisierens erreicht ist, ja überschritten werden muss. 1

Es geht hier also nicht mehr um Regeln über den Umgang mit Regeln, die *als solche* jeweils bestehen bleiben.

Sondern es geht darum, ein ganzes Geflecht[2] aus alten Regeln durch ein Geflecht neuer Regeln zu ersetzen – so wie bei der Ersetzung des geozentrischen Weltbildes durch das heliozentrische. (Dass man insoweit von „wissenschaftlichen Revolutionen" spricht, haben wir in § 19 Rn. 41 schon erwähnt.[3])

Anders gewendet und in der Terminologie der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML): Es geht um zwei Sinnzusammenhänge (§ 5 Rn. 40–59), die inkommensurabel sind, obwohl sie sich auf einen gemeinsamen dritten Sinnzusammenhang beziehen (wie z.B. das physikalische Verhältnis von Erde, Sonne und Planeten).

Politisches Beispiel zur Inkompatibilität: Monarchie und Republik lassen sich nicht miteinander vereinbaren, man muss sich vielmehr für das eine oder das andere entscheiden. Sogar im Vereinigten Königreich.

I. Enteignung und „Enteignung"

Ein erstes Beispiel dafür, dass es auch im Recht *wissenschaftliche* Revolutionen gibt – also nicht-politische – haben wir bereits mehrfach erwähnt: die beiden einander ausschließenden Begriffe von Enteignung und „Enteignung" (samt aller Folgen, die sich dogmatisch daran knüpfen).[4] 2

1. Schwellentheorien versus Trennungstheorie

Die beiden „Paradigmen" – sagen wir dazu ruhig: juristischen Weltbilder oder auch Hintergrundvorstellungen – lassen sich wie folgt beschreiben: 3

1 In der Wissenschaftstheorie und auch sonst ein mehr als gängiger Begriff im Anschluss an Thomas S. Kuhn; dazu schon *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 316 f. und öfter.

2 Den Begriff „Geflecht" verwendet auch, aber in einem anderen Sinn *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 175–234 („Rechtsgeflechte"); in der Sache geht es bei ihm um das, was wir unter § 14 – Regeln finden – erörtert haben.

3 Klassiker: *Thomas S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, Chicago 1964; deutsch: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, Frankfurt a.M. 1967; von beidem viele weitere Auflagen.

4 Mein erster Aufschlag hierzu: *Joachim Lege*, Enteignung und „Enteignung". Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 864–872.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auf der einen Seite standen die „Schwellentheorien" von Reichsgericht (RG)[5] und Bundesgerichtshof (BGH), gemäß denen es neben der klassischen Enteignung zur Beschaffung von Gütern auch eine „materielle" Enteignung gibt, die darin besteht, dass im Einzelfall die Schwelle dessen überschritten ist, was ein Eigentümer hinzunehmen hat, ohne dafür entschädigt zu werden („Sonderopfer" im Gegensatz zur „Sozialbindung"[6]).

Auf der anderen Seite steht als revolutionärer Gegenentwurf die „Trennungstheorie" des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), gemäß der „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums" nicht quantitativ, sondern qualitativ voneinander abzugrenzen sind: Das eine ist ein Güterbeschaffungsvorgang im Wege des Zwangsvertrags, das andere eine Güterdefinition, sei es abstrakt im Gesetz (z.B. Denkmalschutzgesetz[7]) oder konkret in dessen Vollzug (Baugenehmigung, Bebauungsplan).[8]

Beides ist miteinander unvereinbar – aber was ist „richtig"?

2. Gründe für die Trennungstheorie des BVerfG

4 Vorweg muss man zugestehen: „Irgendwie leben" kann man mit beiden Theorien, und in der ersten Zeit nach den Paukenschlägen des BVerfG war es gewiss leichter, weiter nach der alten Dogmatik zu verfahren.

Auch nach der „kopernikanischen Wende", also der Ersetzung des geozentrischen Weltbildes durch das heliozentrische, waren für die astronomische Praxis – etwa bei der Seefahrt – noch lange Zeit die alten Daten brauchbarer als die neuen. Mit anderen Worten: Es gab für diese Wendung in vielen Bereichen kein „Bedürfnis der Praxis". Dass die neue Theorie die Wirklichkeit – es gibt nur eine (§ 5 Rn. 45) – *trotzdem* besser erfasst, musste sich erst Schritt für Schritt in einer neuen Praxis zeigen (Weltumsegelungen![9]).

Nach einigem Fremdeln hat sich dann aber die Theorie des BVerfG[10] aus sehr vielen Gründen durchgesetzt. Die wichtigsten:

---

5 Klassisch aber falsch: RGZ 116, 268 – Galgenberg (1927) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite); dazu schon § 19 Rn. 20.

6 Der Vollständigkeit halber: Der BGH vertrat die „Sonderopfertheorie", das hier vernachlässigte Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) die „Schweretheorie" (Enteignung, wenn „schwer und unerträglich").

7 Der Denkmalschutz ist nicht einheitlich geregelt. In manchen Bundesländern stehen Denkmäler kraft Gesetzes unter Denkmalschutz, in anderen Ländern müssen sie von den zuständigen Behörden „konstitutiv" zum Denkmal erklärt werden.

8 *Joachim Lege*, Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung" und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums", Berlin 1995.

9 Die erste Weltumsegelung (Magellan) fand in den Jahren 1519–1522 statt, Kopernikus' „De revolutionibus" erschien 1543.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Theoretisch: Vermeidung der „Crux“ des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG („Junktimklausel“)

Der erste Grund ist in gewisser Weise rein theoretisch, vielleicht aber gerade deshalb auch für ein nicht-juristisches Publikum interessant. Sein Anknüpfungspunkt ist die sogenannte Junktimklausel, sie lautet: 5

> **Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG** Sie [= eine Enteignung] darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.

Ein Gesetz, das zur Enteignung ermächtigt, muss dies also immer „zusammen mit“ (lateinisch *iunctim*) einer Entschädigungsregelung tun.

Und dies wird nun zur unmöglichen Aufgabe, wenn das **Gesetz** „eigentlich“ nur die Sozialbindung konkretisiert, die gerade *nicht* zu entschädigen ist, … 6

> zum Beispiel, dass man auf Grundstücken „generell“ keinen Sand und keinen Kies abbauen darf, wenn dies der Denkmalschutz oder der Grundwasserschutz gebieten,

… wenn dann aber der **Vollzug** des Gesetzes – ein konkretes Verbot – den Eigentümer *dieses* Grundstücks so empfindlich trifft, dass er entschädigt werden sollte. Schlägt dann etwa das Gesetz, wenn es in diesem Einzelfall vollzogen wird, in ein Enteignungsgesetz um („Umschlagtheorie“)? Ein Gesetz, in dem dann allerdings plötzlich eine Entschädigungsregelung fehlt? Dies ist, so hat man gesagt, wahrlich eine „Crux“.[11]

> Man hat versucht, sie mit sogenannten „salvatorischen Klauseln“ zu bewältigen, etwa in dieser Formulierung: „Sollte auf Grund dieses Gesetzes eine Enteignung eintreten, so ist dem Eigentümer eine angemessene Entschädigung zu gewähren.“ Dies war freilich dubios, weil offensichtlich ein Zirkelschluss: Wenn Enteignung, dann ist Entschädigung zu leisten; wenn Entschädigung zu leisten ist, dann Enteignung.

Die Theorie des BVerfG vermeidet diesen Zirkelschluss: „Enteignung“ und „Inhalt- und Schrankenbestimmung“ (ISB) sind nicht ein Mehr und Weniger, sondern etwas qualitativ anderes. Eine ISB bleibt also auch dann ISB, wenn sie den Eigentümer im Einzelfall „schwer und unerträglich“[12] trifft. 7

b) Praktisch: Qualifikation als „Enteignung“ kein Präjudiz für Entschädigung

Der zweite Grund für die Theorie des BVerfG wirkt auf den ersten Blick etwas merkwürdig. Wir haben ihn schon erwähnt (§ 19 Rn. 22): Der Begriff „Enteignung“ enthält nicht mehr die entscheidende Weichenstellung, um zu einer Entschädigungspflicht des Staates zu gelangen. Es gibt vielmehr auch „ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmun- 8

10 Grundlegend BVerfGE 58, 300 (322–324, 330–338) - Nassauskiesung (1981) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]); flankiert von BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981); dazu *Joachim Lege*, 30 Jahre Nassauskiesung. Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, in: Juristenzeitung (JZ) 2011, S. 1084–1091.

11 *Walter Jellinek*, Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, in: JZ 1955, 147–149 (148); *Günter Dürig*, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, in: JZ 1954, 4–12 (7), hatte es einen *circulus vitiosus* genannt (fehlerhaften Zirkel).

12 Dies war, wie schon gesagt, die Formel des Bundesverwaltungsgerichts.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen",[13] wobei der „Ausgleich" auch – aber nicht notwendig[14] – in einer Entschädigung bestehen kann.[15]

> Die Entschädigung kann sogar darin bestehen, dass der Staat ein Eigentumsobjekt – zum Beispiel eine Denkmalvilla – *übernehmen muss*, wenn der Eigentümer dies *will* – etwa, weil ihn das Haus mehr kostet als es ihm nützt, er (und auch jeder andere!) es aber nicht abreißen darf. Man nennt dies auch „Übernahmeanspruch".[16]

Wenn dem aber so ist – dass es „auch hier Entschädigung gibt" – worin liegt dann der praktische *Unterschied* von Schwellentheorien und Trennungstheorie?

c) Die Kompetenzfrage: Wer entscheidet (quis iudicabit) über die Entschädigung?

9 Der eigentliche Grund ist, wie so oft im Öffentlichen Recht, eine Kompetenzfrage: Wer soll darüber entscheiden, ob bei einem Gesetz, das „nur" eine ISB enthält[17] bzw. zu einer solchen ermächtigt, Entschädigung zu gewähren ist oder nicht. Nach den alten Schwellentheorien waren dies die Gerichte, und hier vor allem die **Zivilgerichte**, letztlich der BGH.

> Dies wiederum liegt an **Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG**, der da lautet: „Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen."
>
> > „Ordentliche Gerichte" sind die Zivil- und Strafgerichte, nicht also die Verwaltungsgerichte, die Sozialgerichte und die Finanzgerichte. Die Terminologie hat historische Gründe.
>
> Dies wurde früher sehr frei in der Weise interpretiert, dass die Zivilgerichte nicht nur über die *Höhe*, sondern auch über den *Grund* der Entschädigung entscheiden, sog. „Vorfragenkompetenz"; mittlerweile wird sie nur noch in ganz speziellen Konstellationen anerkannt.[18]

10 Nach Ansicht des BVerfG ist dies – also die Entscheidung durch Gerichte – nun allerdings nicht sachgerecht, denn: „Inhalt und Schranken des Eigentums werden durch die *Gesetze* bestimmt" (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, Hervorhebung J.L.). Der **Gesetzgeber** soll also regeln, unter welchen Voraussetzungen (auch) bei einer ISB zu entschädigen ist,

---

13 Grundlegend, wie schon erwähnt, BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981).

14 Zum Verhältnis von Ausgleich und Entschädigung im Allgemeinen und in einem Spezialgebiet: *Joachim Lege*, Kommentierung der §§ 96 bis 99 Wasserhaushaltsgesetz (Entschädigung, Ausgleich), in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht. Kommentar, 73. Ergänzungslieferung, August 2014, insb. vor §§ 96–99 Rn. 1–23, § 96 Rn. 9, § 99 Rn. 3, 11 f.

15 Nach der Rechtsprechung sogar: Der Ausgleich *darf nur subsidiär* in einer Entschädigung bestehen – so BVerfGE 100, 226 (245 f.) – Denkmalvilla (1999). Woher man dies genommen hat, bleibt nach wie vor dubios, denn eine „Bestandsgarantie" findet sich jedenfalls nicht im autoritativen Text des Art. 14 GG. – Erwähnt wird an dieser Stelle übrigens auch der Übernahmeanspruch (siehe sogleich bei Fn. 16).

16 Beispiel aus dem einfachen Recht: § 96 Abs. 4 WHG (Wasserhaushaltsgesetz), § 40 Abs. 2 BauGB (Baugesetzbuch).

17 Das „nur" ist natürlich falsch: Drei enteignete Quadratmeter schmerzen den Eigentümer weniger als das inhalt- und schrankenbestimmende Verbot, die Denkmalvilla abzureißen.

18 Siehe etwa *Brun-Otto Bryde/Astrid Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2021, Art. 14 Rn. 150–153. - Der Begriff „Vorfrage" wird neuerdings vermieden, er taucht noch auf bei *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz, 17. Aufl., München 2022, Art. 14 Rn. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht die Zivilgerichte. Und falls der Gesetzgeber dies nicht hinreichend tut, darf allein das BVerfG ihn korrigieren.

Aber warum der Gesetzgeber?

d) Die politische Seite: Warum gerade *der Gesetzgeber* entscheiden soll

Dies hat letztlich politische und wirtschaftliche Gründe. *Warum* sollen nicht die Zivil- 11
gerichte, sondern allein der Gesetzgeber entscheiden, ob der Staat einem Eigentümer nur dann die Genehmigung für weiteres „Nassauskiesen“ (Kiesgewinnung bis in den Grundwasserbereich hinein) versagen darf, wenn er ihn dafür entschädigt? Ob er nur dann den Natur- oder Denkmalschutz durchsetzen darf, wenn er dafür Geld ausgibt? Die Frage impliziert die Antwort: weil der Staat den Eigentümern nicht alles, was dem Gemeinwohl dient, soll „abkaufen“ müssen. Hier also nicht: den Wasser- und Umweltschutz.

> Der Nassauskiesungsbeschluss stammt aus dem Jahr 1981 – das war die Zeit eines beginnenden Umweltbewusstseins und Umweltschutzes (1974: Bundesimmissionsschutzgesetz).

Vielmehr gilt (und zwar wirklich als Rechtsnorm[19])

> **Art. 14 Abs. 2 GG** Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

Anders gewendet: Wenn das Gemeinwohl es erfordert, müssen Eigentümer auch ein- 12
mal einen Wertverlust hinnehmen.

e) Die wirtschaftliche Seite: zur Höhe der Entschädigung

Des Weiteren macht die Trennungstheorie dann auch klar, dass hinsichtlich der Höhe 13
der Entschädigung ein Unterschied bestehen muss zwischen Enteignungen und ISB‘en. Bei der Enteignung handelt es sich um einen grundsätzlich marktinternen Vorgang (§ 19 Rn. 33), so dass in aller Regel der Marktwert zu erstatten ist (vgl. § 194 BauGB - Baugesetzbuch). Bei der ISB hat das, was nicht (mehr) erlaubt ist, eben deshalb auch keinen Marktwert (mehr), so dass die Höhe der Entschädigung auch darunter liegen kann – oder eben auch gar keine Entschädigung anfällt.

f) Eine letzte Ironie – und nochmals quis iudicabit

Eine letzte Ironie liegt dann freilich darin, dass der Gesetzgeber im Bereich der Inhalt- 14
und Schrankenbestimmung die Frage, ob etwas den Eigentümer *im Einzelfall* derart

19 Das wurde früher tatsächlich bestritten. Mittlerweile wird Art. 14 Abs. 2 zwar als Rechtsnorm anerkannt, jedoch richte sie sich nicht unmittelbar an den Eigentümer, sondern allein an den Gesetzgeber bei seiner Ausgestaltung des Eigentums „durch die Gesetze“ (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), siehe nur *Otto Depenheuer/Judith Froese*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., München 2018, Art. 14 Rn. 222. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Zu weit geht allerdings, dass man deshalb unter die Norm nicht subsumieren könne. Ganz im Gegenteil: „Hier gibt es ein Eigentumsobjekt, also darf, ja muss [!] der Gesetzgeber u.U. Pflichten zu Gunsten des Gemeinwohls anordnen.“ Und mehr noch: Die Verwaltung muss diese Pflichten auch durchsetzen! Sie darf also ein denkmalgeschütztes Haus enteignen, wenn der Eigentümer es verfallen lässt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

belastet, dass er entschädigt werden muss, kaum für jeden Einzelfall im Voraus beantworten kann. Deshalb gibt es jetzt gerade in den Gesetzen, die als ISB zu qualifizieren sind, salvatorische Klauseln (s.o. Rn. 6), beispielhaft im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG):

> **§ 68 Abs. 1 BNatSchG** Führen Beschränkungen des Eigentums, die sich auf Grund von Vorschriften dieses Gesetzes, Rechtsvorschriften, die auf Grund dieses Gesetzes erlassen worden sind oder fortgelten, oder Naturschutzrecht der Länder ergeben, im **Einzelfall** zu einer unzumutbaren Belastung, (…) ist eine angemessene Entschädigung zu leisten" (Hervorhebung J.L.).

Also alles beim Alten? Nein, denn jetzt entscheiden über die Entschädigung nicht die Zivilgerichte (über den Schleichweg des Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG), sondern die **Verwaltungsgerichte** – § 40 Abs. 2 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung[20] (VwGO) stellt dies ausdrücklich klar.[21] Und die Verwaltungsgerichte, so sagt man, sind in Sachen Entschädigung meist weniger großzügig als die Zivilgerichte.

g) Zwischenfazit

15 Es dürfte klar geworden sein: Es spricht sehr viel für die Trennungstheorie des BVerfG – und doch scheint sie sich in ihren Ergebnissen auf den ersten Blick gar nicht so ungeheuer von den Schwellentheorien zu unterscheiden. Zudem ist der Paradigmenstreit von vielen Kollegen nach wie vor wohl nur halb verstanden.[22] Deshalb das Wichtigste zum Schluss erneut:

16 Es handelt sich letztlich um eine Frage der Kompetenz (Zuständigkeit): BGH oder BVerfG?

3. Gründe für die Schwellentheorien

17 So weit die Gründe, die für die Trennungstheorie sprechen. Was spricht demgegenüber für die Schwellentheorien?

Im Grunde nur eines: die sogenannte Einzelfallgerechtigkeit, so wie sie sich aus Sicht der Zivilgerichte darstellt. Warum dies nicht durchschlägt, haben wir aber gerade unter 2 d (Rn. 11 f.) gesehen.

18 Umso bemerkenswerter, dass der BGH und mit ihm die Zivilgerichte in einer bestimmten Fallkonstellation nach wie vor an den Schwellentheorien festhalten. Gemeint ist das „qualifizierte Unterlassen" beim Anspruch auf Entschädigung aus dem sogenannten „enteignungsgleichen Eingriff". Zum Problem in aller Kürze: Wenn es nach der allgemeinen Regel im Recht der staatlichen Ersatzleistungen geht („Staatshaftungsrecht"), dann entstehen Schadensersatzansprüche gegen den Staat

---

20 Wortlaut: „Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben; dies gilt nicht für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Artikels 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes."

21 Es ist wirklich nur eine Klarstellung, denn es wäre auch ohne sie richtig, siehe *Joachim Lege*, Der Rechtsweg bei Entschädigung für „enteignende" Wirkungen, in: NJW 1995, S. 2745–2749; allerdings gab es auch andere Meinungen, so dass die Klarstellung nötig war.

22 Gerade neulich hat jemand zur Enteignung wieder das „Sonderopfer" aufgewärmt …

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur, wenn er – genauer: wenn einer seiner „Amtswalter“ – *schuldhaft* handelt (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG). „Schuldhaft“ heißt: vorsätzlich oder mindestens fahrlässig, und „fahrlässig“: wenn man die im jeweiligen Kontext erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Nun folgender Fall: Ein „Amtswalter“ der zuständigen Behörde verweigert in rechtlich vertretbarer Weise die erforderliche Genehmigung zum Verkauf eines landwirtschaftlichen Grundstücks. Daher kann der Eigentümer einen Kredit nicht sofort ablösen, sondern muss weiterhin neben der Tilgung Zinsen zahlen. Später entscheidet das Gericht in letzter Instanz, dass der Amtswalter die Genehmigung hätte erteilen müssen. Kann der Eigentümer den „Zinsschaden“ ersetzt verlangen?[23] Nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG keineswegs: Wer „vertretbar“ entscheidet – zu dieser Kategorie unten § 33 II –, handelt nicht fahrlässig.

Eben deshalb pflegt der BGH weiterhin das eigentlich ausgestorbene Pflänzchen „enteignungsgleicher Eingriff“: Wenn jemand auf eine Genehmigung wartet, die ihm eigentlich erteilt werden müsste, dann erbringe er ein „Sonderopfer“, und dafür stehe ihm Entschädigung zu. Im Gegensatz zum Amtshaftungsanspruch setze der enteignungsgleiche Eingriff nämlich ein schuldhaftes Handeln des Staates bzw. Amtswalters nicht voraus – lediglich die Rechtswidrigkeit. Und die habe sich ja in letzter Instanz erwiesen. 19

Es ist klar, dass der BGH mit dieser Rechtsprechung ein gewisses *Nudging* (= Stupsen in eine bestimmte Richtung)[24] betreibt: Im Zweifel wird der „Amtswalter“ im nächsten Fall zu Gunsten des Eigentümers entscheiden.[25] Das ist die praktische Konsequenz dieses Paradigmas, und das soll offenbar auch so sein. 20

4. Resümee

Wie auch immer: Die Paradigmen von BGH und BVerfG sind offensichtlich inkommensurabel. Zudem ist klar, dass die Interpretation des BVerfG gegenüber der des BGH Geltungsvorrang hat. Dass der BGH dennoch und weiterhin seine Nische zum Boykott findet, hat rein prozessuale Gründe: Wenn der „Bürger“[26] gegen den Staat gewinnt und seine Entschädigung erhält, wird er keine Verfassungsbeschwerde mehr erheben[27] – und die Behörde *kann* es nicht, weil die Verfassungsbeschwerde eben nur „Bürgern“ zusteht. Kurz, das BVerfG kommt an diese Fälle ganz einfach nicht heran. 21

23 Klassischer Fall: BGHZ 136, 182 – Grundstücksverkehrsgesetz/Reichenau (1997): der Zinsschaden belief sich auf immerhin 241.222,05 DM.

24 Klassiker: *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness, London 2009; deutsch: Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt, Berlin 2009.

25 Zu diesem Fall und generell zum enteignungsgleichen Eingriff: *Joachim Lege*, System des deutschen Staatshaftungsrechts, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2016, 81–88 (81, 85 f., 88).

26 Genauer müsste man sagen: der Rechtsunterworfene, denn natürlich können auch Ausländer Verfassungsbeschwerden erheben.

27 Sie wäre zudem wegen fehlender Beschwer unzulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Weitere Paradigmenkonflikte

22 Paradigmenwechsel sind im Recht vermutlich ebenso selten wie in den sonstigen Wissenschaften, insbesondere in den Naturwissenschaften.[28] Im Folgenden sollen dennoch einige weitere Bereiche des Rechts genannt werden, in denen man wohl von Paradigmenkonflikten sprechen kann – also von wissenschaftlichen „Großtheorien", die inkommensurabel sind.

1. Das Abstraktionsprinzip im Sachenrecht des BGB

23 Im deutschen bürgerlichen Recht, genauer im Schuld- und Sachenrecht, gilt das sogenannte Abstraktionsprinzip. Es besagt: Bei rechtlich bedeutsamen Handlungen, die sich auf eine Sache beziehen – Sachen sind nach § 90 BGB nur körperliche Gegenstände, und man unterscheidet sodann Immobilien („Grundstücke" mit Zubehör) und Fahrnis („bewegliche Sachen") –, muss man zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft unterscheiden.

> Folglich gibt es bei einem auf den ersten Blick einheitlichen Vertrag – Kauf eines Brötchens – in Wahrheit drei Verträge: Im (1) Kaufvertrag verpflichtet sich der Bäcker, mir das Brötchen zu übereignen, und ich verpflichte mich, ihm dafür 50 Cent zu übereignen (vgl. § 433 BGB). Sodann überträgt mir (2) der Bäcker das Eigentum am Brötchen durch Einigung und Übergabe (§ 929 BGB), man nennt dies ein „dingliches" Geschäft. In derselben Weise übertrage (3) ich ihm das Eigentum an der 50-Cent-Münze (wenn ich mit Karte zahle, wird es natürlich komplizierter). Der Witz besteht dann darin, dass die drei Geschäfte „abstrakt" betrachtet werden, also in ihrer Wirksamkeit nicht voneinander abhängen – im Gegensatz zum Einheits- oder Kausalprinzip).[29]

24 Dieses Paradigma sachenrechtlicher Rechtsverhältnisse ist eine Besonderheit des deutschen Rechts, andere Rechtssysteme handhaben es anders. Wie sinnvoll das Paradigma ist, darüber kann man durchaus streiten.[30] Jedenfalls wäre es aber ein enormer Aufwand, wenn man es auf ein anderes Paradigma, also z.B. das Kausalprinzip, umstellen wollte.

2. Vorsatztheorie und Schuldtheorie im Strafrecht

25 Im Strafrecht dürfte ein Paradigmenstreit – also Inkommensurabilität im großen Stil – der Gegensatz von Vorsatztheorie und Schuldtheorie sein. Er betrifft die Frage, wo man im schon erwähnten Schema der Prüfung von Straftaten …

---

28 Erstaunlicherweise findet man in der Fachphilosophie nirgends eine Liste von anerkannten „Paradigmenwechseln". Sie könnte wohl enthalten: die Plattentektonik in den Geowissenschaften; die Molekularbiologie in den Lebenswissenschaften; die Quantenmechanik in der Physik etc.

29 Genau genommen müsste man noch zwischen Trennungs- und Abstraktionsprinzip unterscheiden. Zur Vertiefung etwa: *Wolfgang Brehm*, Sachenrecht, 4. Aufl. Tübingen 2022, § 1 Rn. 18–33.

30 Große Verteidigung: *Astrid Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, Tübingen 1996 (797 Seiten!).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wir erinnern uns: Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld

… den Vorsatz des Täters einordnen soll, insbesondere wenn er sich über einen Tatumstand irrt (er hält den Spaziergänger X für ein Wildschwein und erschießt ihn). Betrifft dies nur die „innere Seite" der Tat, also die Schuld? Oder doch die „äußere Seite", also den Tatbestand? Wie auch immer: Es kann nur eine Lösung geben!

Wir kommen darauf zurück, wenn wir die „Prüfungsschemata" behandeln, also das tägliche methodische Brot der Juristen (§ 23). Bereits hier: Wer beide Paradigmen vermengt, hat verloren.

Dass das Problem schon in der Antiken Gerichtsrhetorik erörtert wurde, haben wir erwähnt (§ 2 Rn. 11, 17: Ist ein falsch dosierter Liebestrank ein „Gift"?).

3. Die Grundrechte im Umweltrecht

Im Öffentlichen Recht kann man durchaus sagen, dass in der Grundrechtsdogmatik die schon erwähnte Einführung des Schemas „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung" durch Bodo Pieroth (geb. 1945) und Bernhard Schlink (geb. 1944) ein Paradigmenwechsel war.[31] Zum weiteren Beispiel Eigentumsdogmatik (Art. 14 GG) haben wir gewiss genug gesagt. Umso mehr wollen wir nun noch einen dritten, weniger bekannten Paradigmenwechsel aus dem Öffentlichen Recht vorstellen – er betrifft das Umweltrecht. 26

Insofern kann man nämlich die Hintergrundvorstellung haben, dass die Grundrechte zuvörderst eine Art urwüchsig-natürliche Freiheit garantieren, so dass alle staatlichen Eingriffe in das „natürliche" Recht, die Umwelt zu verschmutzen, sich rechtfertigen müssten. Demgegenüber kann man mit Dietrich Murswiek (geb. 1948) den Spieß umdrehen und betonen, dass die individuelle Freiheit überindividuelle Voraussetzungen hat – vor allem eine einigermaßen gesunde Umwelt.[32] In diesem Paradigma leuchtet dann ohne Weiteres ein, dass es nicht ohne Weiteres rechtlich erlaubt sein sollte, Gemeinschaftsgüter[33] wie die Luft, das Wasser oder die Landschaft in Anspruch zu nehmen. Vielmehr muss eine Genehmigungspflicht die Regel sein, und man kann auch eine Ressourcennutzungsgebühr wie den Wasserpfennig rechtfertigen, ohne dass dies gegen die Finanzverfassung verstößt.[34]

---

31 Genauer dazu § 18 Rn. 92–94, § 23 Rn. 9–17.

32 *Dietrich Murswiek*, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht. Zu den überindividuellen Voraussetzungen der individuellen Freiheit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1994, S. 77–88; zuvor schon *Dietrich Murswiek*, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht. Mehr Umweltschutz durch weniger Reglementierung?, in: JZ 1988, S. 985–993.

33 Wenigstens in der Fußnote: Man spricht hier oft von einer „Tragik der Allmende" bzw. *tragic of the commons*: Gemeinschaftsgüter werden, wenn es nur um die Maximierung der Interessen der Einzelnen geht, zwangsläufig im Übermaß in Anspruch genommen (z.B. Überweidung, Überfischung). Klassiker: *Garrett Hardin*, The Tragedy of the Commons, in: Science 1968, 1243–1248; deutsch in: *Michael Lohmann* (Hrsg.): Gefährdete Zukunft, München 1970, S. 30–48. – Gegenposition: *Elinor Ostrom*, Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge 1990; deutsch: Die Verfassung der Allmende. Jenseits von Staat und Markt, Tübingen 1999.

34 BVerfGE 93, 319 – Wasserpfennig (1995); dazu schon oben § 15a Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft

27 Ebenfalls als zwei Paradigmen, die letztlich inkommensurabel sind, lassen sich vielleicht auch die Hintergrundvorstellungen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft begreifen. Klassisch ist insoweit der Gegensatz zweier „Schulen", die am Ende beide ihren Sitz in Freiburg im Breisgau hatten. Die „Schule" von Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019) verfocht die These einer Trennung von Staat und Gesellschaft, und dies als unerlässliche Voraussetzung von Freiheit.[35] Die „Schule" von Konrad Hesse (1919–2005) wollte beides hingegen in einem „Gemeinwesen" miteinander versöhnen – einem Gemeinwesen, in dem der Staat die Gesellschaft nicht lediglich in Ruhe zu lassen, sondern vernünftig zu gestalten hat.[36]

Praktisch dürfte dies nicht zuletzt Konsequenzen im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz haben (siehe schon § 15b Rn. 38–51): Sollen wir ausgehen vom Freiheitsrecht gegen den Staat, und die legitimen Zwecke der Politik kommen erst dann? Oder vom legitimen Zweck, den uns die Demokratie doch wohl zuverlässig liefert, so dass hinderliche Rechte zurücktreten sollten?

28 Gegenwärtig werden, wie es scheint, beide Paradigmen miteinander verschwurbelt: Auf der einen Seite wird die Freiheit überbetont (eine Masken- oder Wehrpflicht sollte für wahre „Bürger"[37] in der Regel keine Zumutung sein), auf der anderen Seite soll der Staat seine Bürger politisch-moralisch in die richtige Richtung lenken (etwa durch die Herstellung politischer Akzeptanz für die Klimapolitik mit Hilfe des Rechts, dazu unten § 34 Rn. 67–68, 72–745).[38] Darin liegt durchaus Gefahr: Schon Platon hat beschrieben, dass Staaten zu Grunde gehen an einem Zuviel des jeweils höchsten Gutes – so die Demokratie an einem Zuviel an Freiheit.[39] Und der Idealstaat, das bleibt hinzuzufügen, vielleicht an einem Zuviel an Gerechtigkeit?[40]

Man wird daher diese beiden Hintergrundvorstellungen, um sie zu entschärfen, weniger als konkurrierende „Paradigmen" und mehr als Ergänzungen interpretieren müssen – als „wechselseitige Auffangordnung", so wie Wolfgang Hoffmann-Riem (geb. 1940) und Eberhard Schmidt-Aßmann (geb. 1938) es einmal für das Verhältnis von Privatrecht und Öffentlichem Recht formuliert haben.[41]

---

35 Klassisch: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (1972), in: Staat – Gesellschaft – Freiheit, Frankfurt a.M. 1976, S. 185–220.

36 Klassisch: *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1990, Rn. 16–31. – *Peter Häberle* hat einmal formuliert, Hesse habe den Staat „seines Anstaltscharakters entkleidet" (ich zitiere aus dem Gedächtnis).

37 Wenn er sich denn wirklich als *Bürger* fühlt, der für seine „Burg" zur Not kämpfen würde, und nicht als Konsument oder Kunde staatlicher Dienstleistungen.

38 Natürlich gäbe es auch brisantere Themen: Gleichstellung, Sexualstrafrecht, Gendersprache.

39 *Platon*, Politeía, Buch VIII 14; meine Interpretation: *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 196 f.

40 Bei *Platon* ist Gerechtigkeit sehr formal definiert: „das Seine tun und sich nicht in vieles einmischen" (Politeía 433a; dazu *Lege* [Fn. 39], S. 82). Moral versucht hingegen gern zu bekehren.

41 *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, Baden-Baden 1996.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In diesem Fall also: Es muss vermutlich beide geben. Staat versus Gesellschaft, aber auch: Der Staat, das sind wir.[42] (Zum Verhältnis von Ironie und Pathos § 30 II). 29

5. Der Rechtsstaat: rule of law oder Rechtlieferungsstaat (law and order)?

Mehrfach erwähnt haben wir schließlich, dass sich gerade hinter dem Begriff „Rechtsstaat" durchaus verschiedene Hintergrundvorstellungen verbergen können. Die eigentlich klassische ist dabei die des Liberalismus: Im Staat soll das Recht herrschen (*rule of law*), nicht die Vorstellung der Herrschenden – man kann auch sagen: der Politiker – davon, wie die Untertanen ihr Leben zu gestalten haben.[43] Dieses Verständnis von Rechtsstaat scheint in den Hintergrund zu treten: Heute wird insbesondere von Politikern das Wort „Rechtsstaat" gern gebraucht, wenn es um die Bekämpfung von Missständen geht, zum Beispiel von Angriffen auf Journalisten oder von sonstigen Straftaten, die gerade öffentliche Aufmerksamkeit erhalten. Da müsse doch, wie es dann heißt, „der Rechtsstaat" mit voller Härte zurückschlagen. Das ist ganz offensichtlich ein anderes „Paradigma". 30

Man ist geneigt, von einen „Rechtlieferungsstaat" zu sprechen (lieferando.recht.de).[44] Aber vielleicht trifft dies die Sache nicht ganz: Der Staat soll ja gerade nicht „Recht" liefern, sondern *mit Hilfe* des Rechts – dieses verstanden als bloßes Instrument – den Schutz und die Sicherheit seiner Bürger. Dass dies sehr nahe an dem meist verpönten Begriff *law and order* ist, fällt offenbar nicht auf. 31

III. Hintergrundvorstellungen vom Recht insgesamt

Dies leitet über zu einem Paradigmenwechsel, der das Recht insgesamt betrifft. Wir haben bei Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) gesehen (§ 15d): Sein Hauptanliegen war offenbar, das Recht als ein **System** zu begreifen – wenn man so will: als einen *corpus* (Körper), in dem alles mit allem zusammenhängt und in dem so etwas wie eine rechtsinterne Vernunft herrscht. Und weil er dies im real existierenden Recht seiner Zeit – genauer: im Deutschland des 19. Jahrhunderts – nicht finden konnte (oder wollte), fand er es eben im *Corpus Iuris Civilis* von 533, dieses interpretiert als „heutiges" Römisches Recht. 32

Berühmt ist Savignys Ablehnung einer Kodifikation des deutschen Zivilrechts zu Anfang des 19. Jahrhunderts. Die Schrift heißt: „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", sie stammt aus dem Jahr 1814 und richtet sich gegen die im selben Jahr erschienene Schrift „Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland" von Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–

42 Vertiefend *Susanne Hähnchen/Joachim Lege*, Wir sind der Staat!, Legal Tribune Online (LTO) vom 16.02.2025 (https://www.lto.de/recht/meinung/m/spaltung-gesellschaft-deutschland-demokratie-neues-staatsverstaendnis <05.04.2025>).

43 Dies war die Kernidee des absolutistischen Policey- und Wohlfahrtsstaates. Insbesondere gehörte zu den Dingen, um die der Staat sich zu kümmern hat, die richtige Religion der Untertanen.

44 *Joachim Lege*, Der Rechtsstaat und ich – alles nur Gesetze? Eine Auftragspolemik in acht Teilen, in: Anwaltsblatt 12 (2019), S. 887–891 (887).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1840).[45] Savigny hielt die Zeit wohl mit Recht für politisch nicht reif dafür – das Heilige Römische Reich Deutscher Nation war gerade untergegangen (1806), Napoleon hatte Europa kräftig aufgemischt, und man versuchte, dieses Chaos auf dem Wiener Kongress (1814/15) neu zu ordnen. Da stand das Zivilrecht wohl relativ weit hinten auf der Agenda. Und in Savignys Preußen (er war Professor in Berlin) regierte mit Friedrich Wilhelm III. ein eher schwacher König.[46]

33 Dieses Paradigma des Rechts als eines Körpers – oder Systems – mit eigener Vernunft (in Anlehnung an Luhmann: Systemrationalität) ist nun keineswegs selbstverständlich. Man kann sich das Recht auch vorstellen als einen **Haufen** von Regeln, die man, jede für sich, *ad hoc* und spontan aufstellt oder aufhebt, um schnell ein Problem zu lösen oder die Welt zu retten. Man kann dabei die Hoffnung haben, dass sich dann von selbst so etwas wie ein System einstellt – sagen wir: eines, in dem unsere „Werte" von Demokratie und Rechtsstaat herrschen. Das Problem ist nur, dass diese Werte gern vernachlässigt werden, wenn sie kurzfristigen Zielen der Politik im Wege stehen.

Jüngstes Beispiel: Das sogenannte – es hieß wirklich so – Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz.[47] Es sollte dazu dienen, den Rechtsschutz gegen bestimmte Infrastrukturplanungen (Schienenwege, Wasserstraßen) zu beschneiden. Als Mittel dazu hatte man vorgesehen, dass über diese Projekte nicht mehr Verwaltungsbehörden entscheiden sollten, sondern der Bundesgesetzgeber höchstselbst – denn gegen Gesetze kann man nicht vor den „Fachgerichten" klagen, es bleibt nur das Bundesverfassungsgericht. Das Gesetz stieß daher auf erhebliche rechtsstaatliche Bedenken (Gewaltenteilung! Rechtsschutz!), nicht zuletzt auch „aus Brüssel".[48] Mittlerweile hat man es klammheimlich aufgehoben.[49]

34 Eine solche Hintergrundvorstellung (Paradigma) vom Recht als einem bloßen **Mittel** für politische Zwecke – man kann sagen: ein rein instrumentalistisches Rechtsverständnis – dürfte gegenwärtig weit verbreitet sein – sogar unter Juristen. Konsequenterweise führt dies allerdings dazu, dass man über das Recht nicht mehr rechtlich, sondern nur noch politisch und moralisch streiten kann: Welche Zwecke sind so „legitim", dass sie auch einschneidende rechtliche „Maßnahmen" – man denke an das sogenannte Heizungsgesetz – und die damit verbundenen Nachteile oder Vorteile für

45 Beide Texte sind mitsamt den Nachgefechten liebevoll herausgegeben und kommentiert worden von *Hans Hattenhauer*, Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, München 1973 (übrigens mit großer Sympathie für Thibaut). Die beiden Hauptschriften sind mittlerweile auch als Digitalisat im Netz.

46 Standardwerk: *Thomas Stamm-Kuhlmann*, König in Preußens großer Zeit. Friedrich Wilhelm III., der Melancholiker auf dem Thron, Berlin 1992.

47 Offizieller Titel: Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – MgvG) vom 22. März 2020 (BGBl. I [Bundesgesetzblatt Teil I], S. 640–643); in Kraft getreten übrigens am 1. April desselben Jahres.

48 *Europäische Kommission*, Übersicht über die wichtigsten Beschlüsse in Vertragsverletzungsverfahren vom 9. Juni 2021: Aufforderung an Deutschland, bei der Genehmigung von Infrastrukturprojekten den Zugang zu den Gerichten sicherzustellen (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_21_2743 <18.01.2024>).

49 In Artikel 13 des Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. I Nr. 409). Abschiedsworte: *Joachim Lege*, Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz. Epitaph auf eine Realsatire, in: JZ 2025, 149–150.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Rechtsunterworfenen rechtfertigen? Letztlich nimmt dieses Paradigma dem Recht seinen Eigenwert – man kann auch sagen: seine Würde.[50]

Es wird vermutlich immer schwerer werden, diesem Paradigma etwas entgegenzusetzen.[51] Vielleicht muss man daher, wenn man ernsthaft Juristen ausbilden will, eines Tages wieder zum Römischen Recht zurückkehren – in Südafrika wurde dies offenbar bis vor kurzem so gehandhabt. Immerhin ist es ein löbliches Unterfangen, zumindest das bürgerliche Recht „als Ganzes" zu präsentieren, und dies zugleich mit seinen „Grundlagen"[52], so im „Eckpfeiler"-Werk des „Staudinger" – das ist einer der beiden Großkommentar zum BGB.[53]

Bedauerlich hingegen: Die „JAPO's" der Bundesländer (Juristische Ausbildungs- und Prüfungsordnungen) gehen immer mehr dazu über, den Stoff dergestalt zusammenzustreichen, dass die Studenten zu immer weniger Themen immer mehr Detailwissen haben müssen, insbesondere aus der Rechtsprechung und den vielen Meinungsstreitigkeiten, die sich in der akademischen Rechtswissenschaft darum herumranken. Dies bleibt für die meisten Studenten dann trotz der großen Menge an Stoff – Stückwerk. 35

IV. Hintergrundvorstellungen von der Juristischen Methode

Es liegt zum Abschluss auf der Hand: So, wie man verschiedene „Hintergrundvorstellungen" vom *Recht* haben kann, so offenbar auch von der *Methode* der – ja was? –: 36

- Rechtserkenntnis?
- Rechtsfindung?
- Rechtsgewinnung?
- Rechtserzeugung?
- Rechtsproduktion?
- Rechtsgestaltung?

Insoweit kann man natürlich zuallererst fragen: Macht die Formulierung überhaupt einen praktischen Unterschied? Oder streiten wir nur um Worte?

Ich denke: nein. Die Hintergrundvorstellung macht einen Unterschied im Hinblick darauf, was Juristen guten Gewissens[54] tun dürfen und was nicht mehr. Natürlich ist dies dann auch eine Frage der jeweiligen Rolle – sei es als Richter, als Anwalt, als Gesetzgeber, als Jurist in Wirtschaft und Verwaltung und so weiter. Nichtsdestoweniger gibt es in Gestalt der **juristischen Methode** eine Art von – nein, nicht nur eine Art von, 37

50 Zur Objektformel des Art. 1 Abs. 1 GG – die Würde des Menschen ist verletzt, wenn jemand als ein bloßes Mittel zum Zweck gebraucht wird – schon § 5 II Rn. 93 mit Fn. 183.

51 Wenigstens in die Fußnote gehört die große Skepsis am Ende von *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 585 f.: „Es kann daher durchaus sein, daß die gegenwärtige Dominanz des Rechtssystems und die Angewiesenheit der Gesellschaft selbst und der meisten ihrer Funktionssysteme auf ein Funktionieren des Rechtscodes nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird."

52 … durchaus auch im Sinn von Savigny in dessen „Recht des Besitzes", siehe § 19 Rn. 6.

53 *Dagmar Kaiser/Markus Stoffels/Andreas Pittrich* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl., Köln 2022.

54 Weiter unten werden wir sagen: ohne Scham, siehe § 33 Rn. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sondern *die* gemeinsame **Standesethik**, die darüber entscheidet, was seriös „noch geht" und was nicht (Tragik nicht ausgeschlossen!).

Eben deshalb muss man sich auch über den Hintergrund, vor dem wir „juristisch denken", Klarheit verschaffen, nicht zuletzt, um die Juristen gegen Ideologie und Korruption zu wappnen.

> Unter Ideologie verstehe ich zu weitgehende Schlüsse aus Begriffen, z.B. aus dem Begriff „Gott", dass es Gott gibt, oder aus dem Begriff „Wertung", dass Wertungen der rationalen Kritik entzogen seien und nur von Menschen mit dem „richtigen Blut" erfasst werden könnten (natürlich denke ich an den Nationalsozialismus). Vielleicht sogar: den Schluss aus dem Begriff „Würde", dass sie jeglicher Abwägung entzogen sei.
>
> Unter Korruption verstehe ich jede Beeinflussung durch sachfremde Motive[55] – seien dies nun Geld oder Karriere, Drohung oder Schmeichelei. (In Platons Politeía müssen sich die Wächter gerade gegenüber diesen letzten beiden Versuchungen bewähren. Erst dadurch erweisen sie sich als diejenigen Philosophen – frei übersetzt: Freunde der Wahrheit –, die Platon vor Augen hat, wenn er ihnen die Regierung der Polis übertragen will.[56])

38 Aber halten wir den Ball etwas flacher: Es gibt verschiedene Hintergrundvorstellungen („Paradigmen") von dem, was Juristen tun, wenn sie sich um „richtiges Recht" bemühen. Je nach Vorstellung hat man dann auch verschiedene Vorstellungen davon, was das Recht und was Juristen „leisten" können – und was nicht. Die NJML will insoweit, wenn man will, Stolz und Bescheidenheit predigen.[57]

Frei nach dem Motto: *It's only rock'n'roll – but we like it.*

55 Lateinisch *corrumpere* ganz wörtlich: zusammenbrechen; Standardbedeutung sodann: verderben.

56 Berühmte Formulierung: „Solange im Staat nicht entweder die Philosophen an die Macht kommen oder aber die Machthaber seriös und kompetent philosophieren – solange das nicht geschieht, gibt es kein Ende des Schlechten in den Staaten, ja in der ganzen Menschheit" (*Platon*, Politeía, Buch V, 473c-d, meine Übersetzung; Platons Werke werden nach der sogenannten Stephanus-Ausgabe zitiert, hier Seite 473 Abschnitte c bis d, auf sie wird daher auch in allen sonstigen Ausgaben Bezug genommen, z.B. durch Randziffern). Siehe zu dieser Stelle auch *Lege*, „Politeía" (Fn. 39), S. 116.

57 Und natürlich Ehrlichkeit gegenüber sich selbst. Aber das unterstellt sie auch den anderen Methodenlehren – nur dass diese sich in Manchem irren.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 21 „Gewinnung der Regel“: Das Verhältnis der Ebenen zueinander

Wir erinnern uns: Das Thema von Kapitel 3 (§§ 14–20) dieser Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) lautet „Die Gewinnung der Regel“. Man wird sagen können: Es ist derjenige Teil der NJML, der vom Stoff her am meisten mit den herkömmlichen Methodenlehren übereinstimmt (Auslegung, Analogie und so weiter). 1

Nichtsdestoweniger besteht ein feiner Unterschied darin, dass es nicht heißt: Gewinnung „von“ Regeln. Sondern: Gewinnung „der“ Regel – gemeint also die jeweilige (Rechts-) *Regel*, aus der in einem konkreten *Fall* im Wege des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) ein konkretes *Ergebnis* (also eine bestimmte Rechtsfolge) folgt. Wir werden denn auch nach diesem Kapitel 3 auf weniger gängigem Terrain weitermachen mit der „Aufbereitung des Falls“ (Kapitel 4) und der „Manipulation des Ergebnisses“ (Kapitel 5). Denn erst „Regel – Fall – Ergebnis“ ist das Ganze der juristischen Erkenntnis.

Im Rückblick wird man zudem sagen können: Die Gewinnung juristischer Regeln stellt sich sehr unterschiedlich dar je nachdem, ob es bereits ein einigermaßen verlässliches Reservoir an Regeln gibt oder ob das „Geflecht“[1] rechtlicher Regeln weniger eng, vielleicht gar in sich widersprüchlich ist. Je nachdem gestaltet sich die Gewinnung der Regel mal mehr, mal weniger aufwendig, wobei wir als Ebenen idealtypisch unterschieden haben: 2

- Regeln (Rechtssätze) finden (§ 14)
- Regeln (Rechtssätze) interpretieren (§ 15)
  - Regeln interpretieren I: Bildung der Begriffe (§ 15a)
  - Regeln interpretieren II: Die Aussage des Rechtssatzes als Ganzes (§ 15b)
  - Regeln interpretieren III: Irrlehren (§ 15c)
  - Regeln interpretieren IV: Die guten alten „Canones“ (§ 15d)
- Regeln (Rechtssätze) modifizieren, insbesondere erweitern oder einschränken (§ 16)
- Regeln (Rechtssätze) erfinden (§ 17)
- Regeln (Rechtssätze) aufeinander abstimmen (§ 18)
- Regeln (Rechtssätze) systematisieren (§ 19)
- Paradigmenkonflikte (§ 20)

Nichtsdestoweniger hängen all diese Ebenen miteinander zusammen und gehen ineinander über. Am deutlichsten wird dies vielleicht gerade auf der „abgehobensten“, obersten Ebene der Paradigmenkonflikte: Wie man das Wort „Enteignung“, das man im autoritativen Text (§ 14 Rn. 22) des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG (Grundgesetz) gefunden hat, als Begriff zu interpretieren hat (§ 15a) – das hängt letztlich davon ab, welches 3

1 Die Metapher entlehne ich von *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. Baden-Baden 2020, Rn. 175 ff. (Rechtsgeflechte). Ich selbst habe den Begriff „Geflecht“ einmal in anderem Sinn gebraucht, er entspricht in etwa dem, was ich heute Sinnzusammenhänge nenne (§ 5 I Rn. 40–59), siehe *Joachim Lege*, Rechtsbegriffe. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, in: GreifRecht (Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft) 2006, 1–16 (10–12); dort unterscheide ich das Geflecht der Sprache, das Geflecht der Dinge und das Geflecht der Logik. Und „Richtigkeit“ würde ich heute nur noch Aussagen zutrauen, nicht schon Begriffen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Paradigma", welche „Großtheorie", welche Hintergrundvorstellung vom Eigentum (im Sinn des Art. 14 GG) man für rechtlich richtig[2] hält. An einem Wort hängt dann, sozusagen, eine ganze Welt.

> Mehrere Ebenen tiefer hängen auch immer zwei weitere Welten daran: die des Klägers und die des Beklagten. Mehr dazu in § 22.
>
> Und natürlich hängt alles auch immer am Ergebnis. Bei der Analogie ist die Frage nicht, ob es im Reich der Rechtsregeln eine Lücke gibt. Sondern: Gibt es eine Regel, die dem Fall im Ergebnis besser gerecht wird als die Regel, unter die er auf den ersten Blick fällt (§ 16 Rn. 41).

Für einen kurzen Rückblick und kleinen Ausblick mag dies genügen.

2 Mehr dazu, was man unter rechtlicher Richtigkeit verstehen kann und sollte: § 30. Und man muss sie auch, das ist dann ziemlich subtil, von der juristischen Richtigkeit unterscheiden.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 21a Intermezzo: Alte und Neue Juristische Methodenlehre (NJML)

Wir haben, mit nur wenig Übertreibung, auf unserem Weg an dieser Stelle gut 90 Prozent dessen passiert, was Gegenstand der herkömmlichen Juristischen Methodenlehren ist: Wie finde (und erfinde) ich Rechtssätze, und wie gehe ich mit ihnen um, wie „wende ich sie an"? Was bleibt für die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) also noch übrig? Ich nähere mich der Antwort auf einem Umweg (I) und mit einer These: 1

> Alles macht mehr Spaß, wenn man nicht nur tut, was man weiß, sondern auch weiß, was man tut.

I. Platon und das Neue an der NJML

Platon beschreibt in seiner „Politeía"[1] – der Titel des Werks wird meist falsch mit „Der Staat" übersetzt[2] – den Bildungsgang, den die „Wächter" seines Idealstaates durchlaufen sollen. 2

> Aus den vielen Wächtern – und Wächterinnen[3] – gehen dann die wenigen Philosophen oder Philosophinnen hervor, die im Staat regieren sollen.[4] Dies aber erst, nachdem sie sich in der Praxis zwanzig Jahre lang als nicht korrumpierbar erwiesen haben!

In diesem Bildungsgang gibt es zunächst eine Elementarstufe, in der man, salopp gesagt, lesen, schreiben, rechnen lernt – und auch: „Musik" (*mousikḗ*), genauer: trommeln und singen. (Allerdings nur in ausgewählten Tonarten und Rhythmen: Zu viel Moll macht die Wächter zu sentimental.) Dies geschieht in der Kindheit und frühen Jugend. (In der Pubertät gibt es nur Sport – da haben die jungen Leute nichts Geistiges im Kopf.)

Nach der Pubertät (die man damals noch nicht so nannte) beginnt dann die „höhere Bildung", aufgeteilt in sechs Fächer: zunächst Arithmetik, Geometrie und „Stereometrie" (das ist die dreidimensionale Geometrie); sodann: Musik (nochmal??), Astronomie (!) und „Dialektik" (?). Nun, gemeint ist: Astronomie, weil sie vom Schönsten handelt, das wir mit den Augen wahrnehmen können – vom „gestirnten Himmel über mir", wie Kant einmal gesagt hat. Musik – weil sie vom Schönsten handelt, das wir mit den Ohren wahrnehmen können. (Ich komme gleich darauf zurück.) Und 3

---

1 *Platon*, Politeia (vor 347 v.Chr.); es ist das wohl wichtigste Werk der europäischen Philosophie. Ausgaben gibt es in Fülle; man zitiert deshalb nach einer sogenannten Stephanus-Ausgabe, die in den meisten sonstigen Ausgaben in eckigen Klammern eingefügt wird nach Seite und Zeilenabschnitt, z.B. [327a]. – Neueste zweisprachige Ausgabe, herausgegeben und übersetzt von Gernot Krapinger: Stuttgart 2023. – Meine Nacherzählung und Interpretation: *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

2 „Der Staat" hieße auf Griechisch *pólis* (daher die Politik). Demgegenüber ist *politeía* die Staatsverfassung, genauer: die gute Staatsverfassung (Gegensatz: *stasioteía*).

3 Platon ist dezidiert der Meinung, dass Männer und Frauen in allem gleich sind und Gleiches können – außer dass nur Frauen gebären und nur Männer zeugen können. Und dass die Männer im Durchschnitt in allem etwas besser sind. Nun ja.

4 Das ist die wohl berühmteste Stelle: Buch V 473 c-d.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Dialektik"? Wörtlich übersetzt ist dies die Lehre davon, „wie man einen Dialog führt", und zwar so, dass man am Ende gewinnt. In heutige Begriffe übersetzt also: Logik und Argumentationstheorie. Oder wenn man so will: Juristische Methodenlehre.

4 Warum dann aber zuvor „Musik" und Astronomie? Und was ist hier eigentlich mit Musik gemeint? Singen und Trommeln können wir doch schon!

Die Antwort ist einfach: „Musik" und Astronomie wegen der Schönheit und wegen der Mathematik. Die Mathematik ist das, was sozusagen „rational" hinter den Dingen steht, vielleicht auch: in ihnen drin.[5] Demgemäß ist Astronomie die Mathematik hinter den Bewegungen der Sterne, Musik im Sinn der höheren Bildung ist die Mathematik hinter den Tönen und Rhythmen – übersetzt in heutige Begriffe: Es ist *Musiktheorie*, insbesondere Harmonielehre. Dialektik schließlich ist die Mathematik hinter dem Argumentieren – aber ist das wirklich immer „schön"? Kann man nicht auch „hässlich" argumentieren, heute würde man vielleicht sagen: populistisch?

5 Eben dies ist der Grund, weshalb man *vor* der Dialektik Astronomie und „Musik" studieren muss – um einen Sinn für das Schöne zu entwickeln. Dazu gehört dann aber auch die Abgrenzung vom weniger Schönen – bei der Astronomie ist dies die Astrologie (also Berechnung des „Schicksals" aus den Konstellationen der Sterne[6]). Und bei der Musik? Da sind es offenbar die verbotenen Tonarten und Rhythmen! Man muss sie kennen, um sie dann vermeiden und ihren Missbrauch verhindern zu können.

> Anders gewendet: Die höhere Wissenschaft muss sich gerade auch damit beschäftigen, wie man sie missbrauchen kann.

Und so muss man auch in der „Dialektik" (Methodenlehre) zum einen die Mathematik hinter den Argumenten studieren, also ihre Logik. Zum anderen muss man einen Sinn dafür entwickeln, wann Argumentationen „gelungen" und wann sie „misslungen" sind. Das aber ist letztlich eine Frage der *Wahrnehmung* (wie von Sounds und Beats und Sternenhimmeln), anders gewendet: von *Ästhetik* (Ästhetik ist, wie schon erwähnt, ursprünglich die Lehre von der Wahrnehmung, griechisch *aísthēsis*).

* * *

6 Die herkömmlichen Juristischen Methodenlehren sind, wenn man so will, eher eine Art Songbook für die Unterstufe: Sie enthalten das Repertoire, dass man als Jurist methodisch draufhaben muss – deshalb sollten sie auch gar nicht so umfangreich sein. Sofern sie darüber hinausgehen, ist dies häufig eher ein Gewimmel[7] von Dogmatik im Gewand von Methodenlehre. Oder es ist eine Art Beschwörung von scheinbar objektiven „Werten" oder gar des Korpsgeistes der Juristen.

7 Die Neue Juristische Methodenlehre will und kann an diesem methodologischen Basis-Songbook wenig ändern (im Jazz würde man sagen: am Realbook, das die „Standards" enthält). Wohl aber kann sie bei einigen Songs (zum Beispiel beim etwas schrägen Evergreen „Obersatz, Definition, Subsumtion, Ergebnis") die *Mathematik*, die hinter

5 Vgl. unten § 31 Rn. 66 zum Regelbegriff (*regula vel mensura*) bei Thomas von Aquin!

6 „Konstellation der Sterne" ist eigentlich ein Pleonasmus wie „weißer Schimmel": Lateinisch *stella* ist der Stern, eine Kon-stella-tion ist also eine „Zusammensternung".

7 *Thomas M. J. Möllers* preist seine „Juristische Methodenlehre" damit an, dass der Jurist in ihr „weit mehr als hundert Argumentationsfiguren" findet (4. Aufl. München 2021, S. VIII), in der 5. Auflage (2023, S. VIII) sind es dann schon weit mehr als hundertfünfzig.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihnen steht, genauer erklären. Das haben wir im Lichte von „Logik, Logik, Logik" schon getan. Vor allem aber wird die NJML dort weitermachen, wo die herkömmlichen Methodenlehren meist enden: bei der Frage nach der „Gelungenheit" – als Kriterium von „Richtigkeit" – rechtlicher Entscheidungen. Und nach deren „Misslungenheit". Dazu später mehr (§§ 33 und 34).

8 Als Jurist muss man eben auch die Tricks und Schweinereien kennen. Als anständiger Jurist sollte man sie weitgehend vermeiden und nur anwenden, wenn ein guter Zweck auf andere Weise nicht zu verwirklichen ist. Im Nationalsozialismus haben manche Richter lange Gefängnisstrafen verhängt, um die Angeklagten vor der Gestapo in Sicherheit zu bringen.[8] Es gibt manchmal Situationen, in denen man nicht „richtig" handeln kann.

Die alten Griechen haben deshalb nicht nur die Rhetorik und die Logik erfunden, sondern auch die Tragödie (Antigone, Ödipus, etc.).

II. Die herkömmlichen Juristischen Methodenlehren

1. Ein Curriculum

9 Ich denke, man kann das herkömmlich-deutsche Grundwissen, das man zur Juristischen Methode (es gibt nur eine) haben sollte, wie folgt in einem Großen Kanon zusammenfassen:

A. Elementarlehre
I. Der Justizsyllogismus
II. Die Subsumtion
III. Die Auslegung
  1. Das Ziel der Auslegung
  2. Die vier Kanones (nach [!] Savigny)
    a) Wortlaut (grammatische, auch logische Interpretation)
    b) Entstehungsgeschichte (historische Interpretation)
    c) Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematische Interpretation)
    d) Sinn und Zweck der „Norm" (teleologische Interpretation)
  3. Die sog. „subjektive" und „objektive" Auslegung
IV. Die sogenannte Rechtsfortbildung[9]
  1. Analogie und Umkehrschluss
  2. Die Argumente a fortiori (Erst-recht-Schlüsse)

8 Elisabeth Selbert, eine der Mütter des Grundgesetzes, hatte als Anwältin in diesem Sinn konspirativ mit der Justiz zusammengewirkt, siehe *Antje Dertinger*, Elisabeth Selbert: ein selbstbestimmtes Frauenleben, in: Hans Eichel/Barbara Stolterfoht (Hrsg.) Elisabeth Selbert und die Gleichstellung der Frauen. Eine unvollendete Geschichte, Kassel 2015, S. 15–17.

9 Sie beginnt dort, wo die Auslegung endet, und die Auslegung endet nach herrschender Meinung (h.M.), wo der „mögliche Wortsinn" endet (kritisch *Otto Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, Heidelberg 1988, S. 10 f., 59). Das ist nicht sehr trennscharf, denn Wörter können „alles mögliche" bedeuten, wenn man die Macht hat (man denke an das „Ministerium für Liebe" in George Orwells Roman „1984"). Besser daher: der *herkömmliche* Wortsinn. – Siehe auch § 13 Rn. 4 und § 16 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Teleologische Reduktion (Restriktion)
4. Die *contra-legem*-Interpretation

B. Besonderheiten
- Abwägung und Verhältnismäßigkeit
- „Konkretisierung"
- Verfassungsinterpretation
- Sonstige rechtsgebietstypische Fragen (z.B. Europarecht)
- Sonstige Spezialfragen (z.B. Vertragsauslegung)

C. Reflexion (zur Not entbehrlich)
- Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung
- Das Problem der „Wertung"
- Die „Schulen" der Methodenlehre

Zu alledem sollte man „ein wenig was wissen".

2. Das Problem: Wissen und Können

10 Die wohl herrschende Meinung dürfte sodann freilich sein:

> Mehr muss man als Jurist nicht *wissen*, der Rest ist *Können*.

11 Wie aber erwirbt man dieses Können? Wie kommt man vom Wissen (*knowing that*) zum Können (*know how*)? Die Antwort der deutschen Jurisprudenz lautet gemeinhin; durch Drill. Genauer: durch einen Klausurendrill, der, wenn ich mich nicht täusche, mittlerweile zu 80 Prozent den Fokus der Aufmerksamkeit von Jurastudenten bestimmt.

> Sie haben ja auch recht damit, weil – für Nicht-Juristen kaum vermittelbar – gerade einmal sechs (!) fünfstündige Klausuren den Stoff von fünf Jahren schwerster Büffelei abprüfen. Und in diesen Klausuren geht es häufig mehr um „Formalkram" und um ein Abspulen von spitzfindigen Meinungsstreitigkeiten, die man auswendig wissen muss, obwohl sie in der Praxis keine Rolle spielen – als um ernsthafte, vielleicht gar selbstständig zu entwickelnde Argumente.

Dieser Drill ist natürlich prägend. Er ist – für die meisten – ein Einüben ins Mitmachen und „Nachmachen". Als wenn man im Ski-Unterricht gesagt bekommt: „Fahrscht hinterher!" – schau es Dir ab.

III. Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML)

12 Demgegenüber ist die NJML, wie als These schon formuliert, der Überzeugung:

> Alles macht mehr Spaß, wenn man nicht nur tut, was man weiß, sondern auch weiß, was man tut.[10]

10 Langfassung nach Diskussion mit meinen Mitarbeitern: Alles macht mehr Spaß, wenn man nicht nur tut/anwendet, was man weiß (und es deshalb so leidlich kann), sondern wenn man auch weiß/durchblickt, was man tut (und es dadurch besser genießt).

Siehe auch schon *Friedrich Carl von Savigny*, Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 11: „Jeder hat eine Methode, aber

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Deshalb sind ihre Themen denn auch, wie in diesem Buch teils schon behandelt, teils noch ausstehend, die folgenden: 13

I. Antike Gerichtsrhetorik
II. Logik, Logik, Logik
    1. Begriff, Urteil, Schluss
    2. Der VJS – Vollständiger Juristischer Syllogismus
    3. Subsumtion
    4. Deduktion, Induktion, Abduktion
    5. Logik und Wertung
III. Der VJS: Regel – Fall – Resultat
    1. Gewinnung der Regel
    2. Aufbereitung des Falls
    3. Manipulation des Ergebnisses
IV. Juristische Ästhetik
    1. Rechtliche und juristische Richtigkeit
    2. Juristische Ästhetik: Vertretbarkeit und Gelungenheit
    3. Kriterien der Gelungenheit
V. Resümee: Vernünftigkeit

Kurz: Die NJML will das gängige Grundrepertoire der Juristischen Methode in neue Rahmen (*frames*) stellen und ihm eine neue Grundlage geben. Pointiert: nicht Reines Recht, erst recht nicht Semantik oder gar Ethik, stattdessen Logik und Ästhetik. 14

1. Uralte Methode des Rechts: die Antike Gerichtsrhetorik

Die erste Rahmenerweiterung – der historische Rückgang auf die Antike Gerichtsrhetorik – soll uns ein wenig demütiger machen. Er zeigt, dass die wichtigsten „Argumentationsfiguren" bereits damals entwickelt wurden: so etwa der fünfgliedrige rhetorische Syllogismus als Vorläufer des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, dazu § 8) oder die „Kanones" der Gesetzesinterpretation in den *statūs legales*. Zudem sind einige der Schulfälle von damals auch heute noch didaktisch wertvoll („der Fremde auf der Stadtmauer", „das Standbild der Tyrannenmörderin"). 15

Nebenbei: Sicherlich würde man auch in anderen antiken Rechtskulturen, etwa der jüdischen, schon Entsprechendes finden.

2. Logik, Logik, Logik

Mit der zweiten Erweiterung des Rahmens soll die Geringschätzung der Logik, wie sie in der deutschen Juristischen Methodenlehre herrscht, bekämpft werden. Wir haben deshalb ausführlich gezeigt, dass *alles* Denken und Argumentieren logisch vor sich geht. Dies gilt auch für jedes „wertende" Denken und jedes „kreative" Denken. In Kürze: 16

bei wenigen kommt sie zum Bewusstwerden und System." Und noch eins drauf: Savignys sogenannte „Methodenlehre" von 1802/03 ist gar keine Methodenlehre für die Praxis, sondern trug als Vorlesung den Titel: „Anleitung zu einem eigenen *Studium* der Jurisprudenz" (Hervorhebung J.L.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

17 (1) „Wertungen" sind, wie Sinneseindrücke, zunächst einmal nichts anderes als erste Prädikate, z.B. „- ist verwerflich" oder „- ist rot". Diese ersten Prädikate werden dann in einem Kontinuum von Schlussfolgerungen, dem wir gar nicht entgehen können …

> es läuft als Programm im Hintergrund, ohne dass wir es völlig abschalten könnten; wir können es aber ins Bewusstsein hochladen

… immer weiter durchgeknetet, bis wir am Ende davon überzeugt sind, dass etwas – zum Beispiel – *wirklich* rot oder verwerflich ist.

18 (2) Das erwähnte Kontinuum des Schlussfolgerns funktioniert in einem Zusammenspiel dreier Arten von Schlüssen: Deduktionen, Induktionen und Abduktionen.

> Deshalb: Logik, Logik, Logik.

Hervorzuheben sind dabei die Abduktionen, denn dies sind die „kreativen" Schlüsse. Hätten wir sie nicht, könnten wir immer nur dieselben Dinge per Induktion verallgemeinern (vermutende Schlüsse) und dann wieder per Deduktion einordnen (zwingende Schlüsse).

19 Diese allgemeine „*working logic*" hat sich auch als juristische „*working logic*" bewährt. Sie erklärt insbesondere das Mysterium der Subsumtion (§ 9), aber auch, wie Interpretation (§ 10) sowie Regel- und Systembildung (§ 11) logisch funktionieren – ohne Rückgriff auf prinzipiell Irrationales (wie „Werte").

3. Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS): Regel – Fall – Ergebnis

20 Vor diesem Hintergrund spielt sich das *gesamte* juristische Argumentieren – und *jedes* juristische Argumentieren – und auch noch der kleinste Schritt im juristischen Argumentieren – immer in dem **Großen Rahmen** des Vollständigen Juristischen Syllogismus (**VJS**) ab: Regel (und ihre Rechtfertigung) – Fall (und seine Würdigung) – Resultat/Ergebnis (und seine Billigung oder Missbilligung). Anders gewendet: Nichts geschieht ohne Blick auf das Ergebnis. Aber es gibt auch kein Ergebnis ohne Blick auf das, woraus es sich ergibt.

Wer will schon unverdient einen Orden erhalten?

a) Einzelheiten zur Bildung der Regel

21 Schwerpunkt der herkömmlichen Juristischen Methodenlehren ist die Regelbildung („Auslegung und Fortbildung des Rechts"). Wir haben diesem Thema die gebührende Aufmerksamkeit gewidmet, es aber im Licht der Logik neu geordnet, manches neu erklärt und manches auch verworfen (§§ 15–20).

So haben wir bei der Begriffsbildung dafür plädiert, dass für Juristen die Unterscheidung von Extension (Begriffsumfang) und Intension (Begriffsinhalt) zur methodologischen Allgemeinbildung gehören sollte. Dann kann man auf Nebelkerzen wie „Konkretisierung" gut verzichten. Auch Analogie und Abwägung haben wir anders als üblich beleuchtet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Einzelheiten zur Konstruktion des Falls

22 Über die herkömmlichen Methodenlehren hinaus wird die NJML den Rahmen nun insoweit erweitern, als sie zwei Methoden thematisiert, über die man sonst – aus welchen Gründen auch immer – nicht spricht. Dies ist zum einen die Methode, mit der ein Zivilrichter seine Fälle ganz praktisch zubereitet: Was will der Kläger, und was sagt er dazu? Was will der Beklagte, und was sagt er dazu? Ist das jeweils schlüssig und erheblich? Und wer muss, wenn beide Parteien Unterschiedliches behaupten, was beweisen? Das Ganze nennt sich Relationstechnik, und es sollte in einer Juristischen Methodenlehre nicht fehlen (mehr dazu § 22).

In einer NJML, die auch Nicht-Juristen einen Blick in unser Geschäft bieten will, muss zudem erörtert werden, was den Juristen ab dem ersten Semester eingepaukt wird: juristische „Schemata". Sie sind die geradezu zentrale Methode, mit der Juristen das, was Rechtsuchende rechtlich wollen, rechtlich „durchprüfen". Vielleicht werden sie von den herkömmlichen Methodenlehren gerade wegen dieser Allgegenwart übersehen. (Und vielleicht wird das, was wir in § 23 zu sagen haben, auch bei Juristen den einen oder anderen Aha-Effekt auslösen.)

c) Einzelheiten zur Manipulation des Ergebnisses

23 Besonders neu an der NJML dürfte schließlich die Auseinandersetzung mit Fällen sein, in denen ein Gericht ganz offensichtlich vom Ergebnis her den Fall oder die Regel („das Gesetz") so verändert hat, dass etwas Passendes herauskommt (§§ 26–29). Manchmal geschieht dies ganz offen, manchmal verdeckt. Manchmal „geht" es methodisch gerade noch durch, manchmal „geht es nicht mehr".

Bereits hier: Man denke an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im NPD-Verbotsverfahren.

4. Rechtliche Richtigkeit und Juristische Ästhetik („Gelungenheit")

24 Dies leitet über zur Frage, *was denn* methodisch „noch geht" und was „nicht mehr geht". Insoweit stellt die NJML die Jurisprudenz auf eine neue Grundlage, nämlich Ästhetik – Ästhetik nicht im Sinn der Lehre vom Schönen, sondern vom Gelungenen (§ 31 Rn. 40, 86–102).

Dabei wird zuvor die Idee rechtlicher „Richtigkeit" gegen falsche Ironie und falsches Pathos verteidigt (§ 30). Sodann werden wir aber auch sehr konkret Kriterien für „juristische Gelungenheit" entwickeln – und neben juristisch Gelungenem auch Misslungenes vorstellen. Ganz zentral wird dabei die Kategorie „Vertretbarkeit" sein (§§ 33 und 34).

Das Ganze werden wir dann im Licht der neuen Kognitionswissenschaften nochmals in einen anderen Rahmen stellen (§§ 35 und 36).

IV. Resümee: Schau hin! Schau genau hin!

25 All dies also ist das Neue an der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) – fragt sich nur: Was will sie damit?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sie will, dass wir als Juristen das, was wir tun, ein bisschen besser durchschauen. Und dass wir deshalb öfter einmal genauer (und vielleicht auch ehrlicher) *hin*schauen, als wir es in der alltäglichen Routine gewöhnlich tun.

> Charles Sanders Peirce (1839–1914) hat einmal gesagt: „*But most of us seem to find it difficult to recognize the greatness and wonder of things familiar to us.*"[11]

Vielleicht wird dadurch das, was wir tun, ein wenig schöner.

11 *Charles Sanders Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903), in: CP 5.65 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 65); in der kanonischen deutschen Ausgabe – Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 358 – ausgelassen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 4: Die Aufbereitung des Falls

In Kapitel 3 ging es um die „Arbeit an der Regel", also an der ersten Prämisse des Vollständigen Juristischen Syllogismus („Obersatz"). Dort haben wir uns primär mit dem Sinnzusammenhang des Rechts beschäftigt – oder wenn man so will: mit der Semantik der *Rechts*sprache. 1

> „Semantik" ist, um dies nachzutragen, einer der drei Bereiche in der herrschenden Semiotik (= Wissenschaft der Zeichen). Dort werden unterschieden: *Semantik* (Lehre von den Bedeutungen, von altgriechisch *semaínein* = bezeichnen), *Syntaktik* (Lehre von den Zeichenkombinationen, z.B. in einer Grammatik, von altgriechisch *syntáttein* = zusammenordnen, in Schlachtordnung stellen, ein Buch verfassen), *Pragmatik* (Lehre vom Zeichengebrauch, von altgriechisch *tó prāgma* = Handlung; aber auch: Sache, Tatsache, Ding). – Die Einteilung stammt von Charles W. Morris (1901–1979).

Mit der „Aufbereitung des Falls", die der Gegenstand dieses Kapitels 4 ist, kommen wir nun zur zweiten Prämisse des Juristischen Syllogismus („Untersatz"). Hier geht es um die Techniken, mit denen die Wirklichkeit des Rechts („Rechtswelt") auf die Wirklichkeit der „Lebenswelt" trifft – auf *ihre* vielfältigen Sinnzusammenhänge. Es geht gleichsam um die *Übersetzung* von Bedeutungen aus der Umwelt des Rechts in Bedeutungen der Rechtswelt (oder wie Luhmann sagen würde: in den Code und in die Programme des Funktionssystems „Recht"). 2

> Diese „Übersetzungsleistung" der juristischen Methode ist, völlig zu Recht, ein Leitmotiv in der Methodenlehre von Franz Reimer.[1]

Konkret funktioniert dies alles nun sehr viel weniger abgehoben, als es bis hierhin geklungen haben mag. Und insbesondere ist hier nicht der Ort – um ein Leitmotiv der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) aufzunehmen –, an dem eine besondere „Werterkenntnis" in die juristische Arbeit einflösse oder gar einzufließen hätte. 3

> Dass Juristen letztlich immer auch Stellung beziehen müssen, ist etwas ganz anderes und eigentlich ziemlich banal.

Wir werden im Folgenden zunächst die praktische Arbeitsmethode betrachten, mit der Zivilrichter ihre Akten entscheidungsreif machen (§ 22). Es folgt ein Blick auf die „Schemata", nach denen die *Rechts*fragen des Falls abgearbeitet werden – sie spielen schon im Studium eine große Rolle und sollten weder über- noch unterschätzt werden (§ 23). Anschließend geht es um die Auseinandersetzung mit der *Tat*frage, also damit, dass und wie Juristen sich immer wieder neu in unbekannte Sinnzusammenhänge 4

1 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, insb. Rn. 284, 697–699, auch 92 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hineindenken müssen, ohne ihren je eigenen Horizont verleugnen zu können[2] – man kann dies auch „Sachverhaltshermeneutik"[3] nennen (§§ 24 bis 24b).

> „Hermeneutik" ist die philosophische Lehre vom Verstehen, man kann auch sagen: von der Auslegung. Sie hatte in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in der deutschen Rechtstheorie und Methodenlehre eine gewisse Konjunktur.[4] Das Bundesverfassungsgericht hat die Hermeneutik im grundlegenden Soraya-Beschluss[5] (zu ihm § 27 I) kurz erwähnt.

Nur kurz angedeutet werden schließlich diverse Faktoren im sozusagen inneren (psychologischen) und äußeren (soziologischen) Prozess der rechtlichen Überzeugungsbildung (§ 24b) – und dies nicht beschränkt auf die Perspektive „des Richters".

---

2 Eine Assoziation am Rande: Auf der sog. „Staatsrechtslehrertagung" 2021 hat der Schweizer Kollege *Markus Müller* einen hochumstrittenen Vortrag gehalten, in dem er dafür plädierte, der deutsche (und schweizerische, versteht sich) Staat solle sich entspannt zu seiner christlich-jüdischen *Prägung* (nicht etwa *Identität*!) bekennen. „Neutralität", so das ihm vorgegebene Thema, sei illusorisch (zu den *biases* der Wahrnehmung s.u. § 35). Dies rief geradezu Entrüstung hervor, weil man eben dies – Identität und Prägung – verwechselt hatte. Der Vortrag ist publiziert in den „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer" (VVDStRL 81 [2022], 251–295), die Diskussion ebendort S. 355–382, meine Beiträge S. 373 f., 376 f., das Schlusswort von *Markus Müller* S. 379–382; Tagungsbericht: *Joachim Lege*, Wirtschaft, Parlament, Religion, Respekt: Der Staat und die unsichtbaren Mächte, in: Rechtswissenschaft (RW) 2022, 432–438. – „Staatsrechtslehrer" sind, grob gesagt, die im Öffentlichen Recht habilitierten Juristinnen und Juristen.

3 *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Bd. 4, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1988, Sp. 758: „Sachverhalts- oder Fallhermeneutik." Wiederabdruck in: Alexander Hollerbach, Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94.

4 Klassiker: *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970.

5 BVerfGE 64, 269 (291) – Soraya (1973) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [genaue Fundstelle]).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 22 Die Relationsmethode („Relationstechnik“)

Die Basisarbeit, mit der ein Richter oder zuvor ein Anwalt einen Fall in der Praxis aufbereitet (um ihn am Ende zu entscheiden bzw. ihn wirksam zu vertreten), bezeichnet man als „Relationstechnik“, neuerdings auch als „Relationsmethode“[1]. Es ist mir unerfindlich, warum sie in den üblichen Lehrbüchern zur Juristischen Methodenlehre – ich will dies die *akademischen* Methodenlehren nennen – nicht einmal erwähnt wird. Selbst in den Lehrbüchern zum Zivilprozessrecht, wohin sie dogmatisch am besten passt, wird sie meist verschwiegen.[2] 1

Niklas Luhmann hat die Relationstechnik daher ironisch als „berufsinternes, halbsuspektes, nicht zitierfähiges Wissen“ gekennzeichnet.[3]

Umso mehr soll hier betont werden: Gerade in dieser *pragmatischen* Methode der richterlichen Entscheidungsfindung *zeigt sich* so etwas wie Rechtsvernunft, verkörpert in den Fragen: Wie holt man die „Welt da draußen“ systematisch in das Recht hinein? Und zwar dergestalt, dass zunächst die Beteiligten in ihrer jeweiligen Sicht der Dinge wahrgenommen („gehört“) werden? Dass es dann aber auch Kriterien dafür gibt, was hiervon *rechtlich relevant* ist? 2

Die Relationstechnik scheint eine Zeitlang in der Referendarsausbildung nicht mehr den Stellenwert gehabt zu haben, den sie früher hatte.[4] Zudem betrachtete man sie offenbar nur noch unter dem eher lästigen Gesichtspunkt der *Examens*relevanz, nicht mehr als ein vernünftiges Werkzeug der *Rechtsverwirklichung*. So hat etwa der Klassiker „*Sattelmacher/Sirp*“ (34. Aufl. 2008), dessen Wurzeln bis ins Kaiserreich zurückreichen (*Hermann Daubenspeck*, 1884), seinen Titel kürzlich geändert. Hieß es bis dato „Bericht, Gutachten, Urteil – eine Einführung in die Rechtspraxis“, heißt es nun unter den Nachfolgern *Winfried Schuschke/Martin Kessen/Björn Höltje*: „Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen“ (36. Aufl., München 2013). Darin liegt eine bedrohliche Tendenz, nämlich: Man verortet die juristische Ausbildung eher im Erziehungssystem[5] als im Rechtssystem, betrachtet mithin werdende Juristen mehr als möglichst brave Zöglinge einer ziemlich abgeschotteten Zunft denn als Kommilitonen (wörtlich Mitstreiter) beim Fortdenken des Rechts.[6] 3

1 *Monika Anders*, in: Anders/Gehle (zuvor Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle), Zivilprozessordnung, 82. Aufl., München 2024, § 139 Rn. 3 und 23–28, vor § 253 Abschnitt VI, insb. Rn. 50–52 und 55–58, vor § 284 Rn. 5; siehe auch, bearbeitet von *Ulrich Becker*, Einleitung Rn. 9.

2 Kurze Erwähnung: *Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, § 117 Rn. 1.

3 *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Neuwied etc. 1969, S. 66 Fn. 15.

4 *Anders*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), vor § 284 Rn. 5 und vor § 253 Rn. 52.

5 Auch dies ist eines von Luhmanns sog. „Funktionssystemen“, siehe *Niklas Luhmann*, Das Erziehungssystem der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2002 (posthum). Mit der Frage, nach welchem Code es funktioniert, tut sich Luhmann allerdings schwer (vgl. S. 59 f. mit S. 72 f.) – ich würde vorschlagen: „bestanden/nicht bestanden“.

6 Eine kleine Eitelkeit: Ich habe im Jahr 2020 den Universitätslehrpreis in der Kategorie „Motivierung der Studierenden zur Eigenständigkeit“ erhalten.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auf der anderen Seite könnte sich jüngst im Zuge der Digitalisierung eine gewisse „Renaissance" der Relationsmethode[7] angekündigt haben. Genauer dazu unten Rn. 32–36.

I. Die fünf „Stationen"

4 Die Relationstechnik hat ihren Ort im sogenannten Zivilprozess, also einem Gerichtsverfahren, in dem sich zwei gleichberechtigte **Parteien** gegenüberstehen: **Kläger** und **Beklagter**. Das Gericht ist dann im wahrsten Sinn des Wortes der „unparteiische" Dritte, den man anruft, damit er den Streit entscheidet.

Im Strafprozess ist es anders: Dort gibt es zwar in Gestalt der Staatsanwaltschaft auch einen „Zweiten" (der Erste ist der Angeklagte). Das Gericht ist aber doch eher selbst Partei, indem es z.B. nicht darauf beschränkt ist, was die Staatsanwaltschaft beantragt hat, es kann vielmehr auch eine höhere oder niedrigere Strafe verhängen. Und es darf, ja muss, ebenso wie auch die Gerichte im Verwaltungsprozess, den Sachverhalt selbst aufklären (sog. Amtsermittlungsgrundsatz). Das Gericht ist also nicht, wie im Zivilprozess, auf das beschränkt, was die Parteien ihm vortragen (sog. Beibringungsgrundsatz, der allerdings durch eine weitreichende richterliche Hinweispflicht abgemildert ist, § 139 ZPO – Zivilprozessordnung –).

5 Beginnen wir zur Anschauung gleich mit einem **Fall**. Allerdings werden wir ihn – Vorsicht! – zunächst nicht nach der aktuellen Rechtslage beurteilen, sondern nach einer **früheren Rechtslage** – ganz einfach, weil der Sachverhalt sonst etwas gewaltsam „umgestrickt" werden müsste.[8] Zudem wird sich am Ende als Nebeneffekt zeigen (unter 4), *warum* man diese alte Rechtslage – vernünftigerweise – geändert hat.

K (wie Kläger) erhebt gegen B (wie Beklagter) vor dem Landgericht Klage, und zwar erstens auf Zahlung von 10.000 Euro Schadensersatz wegen Körperverletzung und zweitens auf ein angemessenes Schmerzensgeld. Er behauptet, B habe ihn (den K) als Fußgänger mit seinem (des B) Auto unter Verletzung der Verkehrsregeln angefahren. Er benennt A und D als Zeugen. B bestreitet nicht die Tatsache des Unfalls und auch nicht die Höhe des Schadens, den K erlitten hat, wohl aber sein Verschulden: Er habe weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt, sondern den K wegen eines verbotswidrig kreuzenden Radfahrers zu spät sehen können. Hierfür benennt er C als Zeugen. Das Gericht hört alle Zeugen. Die Aussage des A ist völlig unergiebig, die Aussagen von C und D widersprechen sich. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass sich der Unfallhergang nicht mehr aufklären lässt. Wie ist zu entscheiden?[9]

* * *

---

7 *Anders*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), vor § 284 Rn. 5; vor § 253 Rn. 52; siehe dort auch *U. Becker*, Einleitung Rn. 9.

8 Um zur **heutigen Rechtslage** zu passen, müsste der Fall so konstruiert werden, dass dem Kläger bei dem Autounfall ein **Gemälde** im Wert von **1.200.000 Euro** zerstört wurde – er hatte es gerade mal so unter dem Arm, um es vom Kunsthändler X zu seinem Auto zu tragen (*Wolfgang Lüke*, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., München 2021, § 23 vor Rn. 2). Der Grund: Mittlerweile gibt es auch bei der Gefährdungshaftung Schmerzensgeld (§ 11 Satz 2 StVG – Straßenverkehrsgesetz –), und die Grenze der verschuldens*un*abhängigen Haftung bei Sachschäden ist von ursprünglich 100.000 DM/Euro (1977) auf eine Million Euro (2007) gestiegen.

9 Das Beispiel ist, teilweise wörtlich, entnommen aus: *Peter Arens*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., München 1988, vor Rn. 275; das Werk ist mittlerweile von *Wolfgang Lüke* übernommen worden (Fn. 8). – Der Fall und die folgende Darstellung sind weitgehend wörtlich übernommen aus: *Joachim Lege*, Wie

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ganz praktisch untergliedert sich die Relationstechnik[10] nun in fünf sogenannte „Stationen“, die (eben wie Bahnhöfe oder Haltestellen) „logisch“, nämlich sachlich und zeitlich, aufeinander folgen.[11] Man nennt sie wohl am besten Prozessstation, Klägerstation, Beklagtenstation, Beweisstation, Tenorierungsstation. 6

Dass im Wort „Station“ vielleicht die *statūs* der Antiken Gerichtsrhetorik fortwirken, haben wir bereits in § 2 Rn. 18 vermutet. – Nicht zu verwechseln ist die Relation mit dem individuellen „Aktenspiegel“, mit dem man sich eine Übersicht über den Inhalt der Akte verschafft, zum Beispiel chronologisch oder in optischer Gegenüberstellung des Vorbringens und der Argumente, die für Kläger und Beklagten sprechen.

1. Prozessstation (auch: Zulässigkeitsstation)

In der Prozessstation geht es um die *Zulässigkeit* der Klage und hier vor allem um die *Zuständigkeit* des Gerichts – mit anderen Worten darum, ob das angerufene Gericht überhaupt zur Sache entscheiden darf. Im vorliegenden Fall wäre das Landgericht zuständig, §§ 71, 23 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).[12] In die Prozessstation gehört weiterhin u.U. die Frage, ob ein Richter befangen und deshalb von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist bzw. abgelehnt werden kann, z.B. §§ 41 ff. der Zivilprozessordung (ZPO).[13] 7

Wenn die Klage unzulässig ist, wird sie bereits hier abgewiesen (man nennt das dann ein Prozessurteil, im Gegensatz zum Sachurteil).

2. Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung)

In der Klägerstation stellt sich der Richter zunächst auf den Standpunkt, als ob alles, was ihm der Kläger an Tatsachen vorgetragen hat, wahr wäre. Davon ausgehend prüft er, ob dieser Klagevortrag (auch: Klagvortrag) das Klagebegehren rechtfertigt, das heißt, ob nach allem, was angeblich geschehen ist, der Kläger einen Anspruch (ein Recht) auf das hat, was er verlangt. Wenn nicht, wird die Klage bereits auf dieser Stufe abgewiesen. Es geht also noch gar nicht darum, was wirklich geschehen ist 8

---

juridisch ist die Vernunft? Kants „Kritik der reinen Vernunft“ und die richterliche Methode, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 76 (1990), S. 203–226.

10 Kurzer Überblick: *Christopher Daßbach*, Die Arbeitstechnik des Zivilrichters, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2019, S. 772–778. – Ausführliche Darstellung anhand eines Falls (böses Foul beim Fußball): *Matthias Arz/Henrik Gemmer*, Die zivilrechtliche Relation als Kern praktischer juristischer Arbeit, in: JA 2019, S. 851–855; siehe auch *Matthias Arz/Henrik Gemmer*, Von der Relation zum Zivilurteil: Eine praktische Anleitung, in: JA 2020, S. 608–614.

11 Logik ist, wie gesagt, die Lehre von der Folgerichtigkeit (§ 4).

12 § 71 Abs. 1 GVG: „Vor die Zivilkammern [sc. des Landgerichts] (…) gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind.“ § 23 GVG: „Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit sie nicht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen sind: 1. Streitigkeiten über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von fünftausend Euro nicht übersteigt; (…).“

13 Dass die Zivilprozessordnung den Namen „Ordnung“ trägt und nicht den Namen „Gesetz“, ist inkonsequent und nur historisch zu erklären. Es handelt sich jedenfalls ohne Zweifel um ein Gesetz im formellen Sinn (s.o. § 14 Rn. 9), nicht etwa um eine Rechtsverordnung wie die Straßenverkehrsordnung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(die *Tatfrage*, *quaestio facti*), sondern vorerst nur und obendrein hypothetisch um die *Rechtsfrage* (*quaestio iuris*).

K erhebt hier nun zwei Ansprüche. Der erste, nämlich auf Schadensersatz, wäre gleich aus zwei Gründen berechtigt, nämlich aus § 823 Abs. 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)[14] – sog. unerlaubte Handlung oder auch Delikt –, sodann aus § 7 Abs. 1 des Straßenverkehrsgesetzes (StVG)[15] – sog. Gefährdungshaftung. Die Voraussetzung der ersten Vorschrift ist, dass jemand einen anderen rechtswidrig und schuldhaft (d.h. vorsätzlich oder fahrlässig) an einem Rechtsgut wie dem Körper verletzt. Voraussetzung der zweiten ist (nur), dass beim *Betrieb* eines Kraftfahrzeugs solche Verletzung erfolgt; ein Verschulden des Schädigers muss also *nicht* vorliegen.

Schmerzensgeld, also den zweiten Anspruch, gewährte das Gesetz nur in **§ 847 Abs. 1 BGB a.F.** (alte Fassung)[16], und dies auch nur, wenn der (haftungsbegründende[17]) Tatbestand des § 823 BGB erfüllt war, zu dessen Voraussetzungen eben *Verschulden* gehört. Der verschuldensunabhängige Tatbestand des § 7 Abs. 1 StVG reichte damals nicht aus.[18]

9 *Nach dem Vortrag des K* sind *beide* Ansprüche *schlüssig* begründet, denn er behauptet ja, dass der B gegen Verkehrsvorschriften verstoßen und damit schuldhaft gehandelt habe. Ihm müsste also, wenn es allein nach seinem Vortrag ginge, sowohl Schadensersatz als auch Schmerzensgeld zugesprochen werden.

Nebenbei: Streng unterscheiden muss man bei der Darstellung des Sachverhalts die Bedeutungen von „behaupten" und „meinen". „Behauptet" werden Tatsachen. Was die Rechtsansichten angeht, reicht es nur zum „Meinen": K „meint" also, ihm stünden die beiden geltend gemachten Ansprüche „von Rechts wegen" zu.

3. Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung)

10 Ebenso wie beim Kläger ist auch beim Beklagten zunächst nur die *quaestio iuris* (Rechtsfrage) zu untersuchen, wobei alle seine Behauptungen zur Tatfrage (*quaestio facti*) als wahr zu unterstellen sind.

Hier zeigt sich nun, dass die Einwendungen des B nur teilweise überhaupt erheblich sind. Denn da er nicht bestreitet, dass er im Straßenverkehr den K an dessen Körper verletzt hat, greift

14 § 823 Abs. 1 BGB lautet: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet". § 823 Abs. 2 BGB können wir hier vernachlässigen.

15 *Wortlaut*: „Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen." – Daneben kommt, um ganz penibel zu sein, auch noch § 18 Abs. 1 StVG in Betracht (Haftung des Fahrzeugführers aus vermutetem Verschulden).

16 *Wortlaut*: „Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen." – Heute wäre § 253 Abs. 2 BGB die haftungsausfüllende Vorschrift: „Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden."

17 § 847 BGB war demgegenüber nur eine haftungs*ausfüllende* Vorschrift.

18 Heute gewährt § 11 Satz 2 StVG auch bei der Gefährdungshaftung Schmerzensgeld: „Wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann auch eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch nach seiner Version des Falls § 7 Abs. 1 StVG ein und gewährt dem K den verlangten Schadensersatz. Man sagt dann, die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 StVG seien unstreitig. Die Klage ist daher insoweit, als K 10.000 Euro verlangt, schon jetzt begründet.

Um zu vermeiden, dass er unterliegt und dann die Kosten des Prozesses tragen muss, kann B diesen Anspruch sofort anerkennen, siehe § 93 Zivilprozessordnung (ZPO)[19] – sog. sofortiges Anerkenntnis.

Was dagegen das Schmerzensgeld betrifft, so kam es nach der alten Rechtslage, wie gesagt, im Rahmen des § 823 BGB auf Verschulden an. Dies bestreitet B: Weil er mit dem wilden Radfahrer nicht rechnen musste, habe er beim Abbiegen nicht „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen“ (das ist die Definition von Fahrlässigkeit). Nach *seiner* Version des Falls müsste er also kein Schmerzensgeld zahlen, und deshalb ist *dieser* Einwand *erheblich*.

4. Beweisstation

Erst im Rahmen der Beweisstation geht es um die *Wahrheit* der Parteibehauptungen zu den Tatsachen (*quaestio facti*), allerdings nicht um jeden Preis. Die Suche nach der „Wahrheit“ – also nach dem, was sich wirklich zugetragen hat[20] – kann durchaus ergebnislos abgebrochen werden, ohne dass die vernünftigen Gründe zur Entscheidung ausgehen müssten. 11

Die große Frage der Beweisstation lautet nämlich nicht: Was ist geschehen?, sondern nur: Wessen Vortrag soll der Richter letztlich seiner Entscheidung zu Grunde legen? Welche Partei muss ihre Behauptungen als wahr beweisen? Muss K beweisen, dass B schuldhaft handelte, oder B, dass ihn keine Schuld traf? Und wie soll man verfahren, wenn der Beweis keinem von beiden gelingt?

Die erste Etappe der Beweisstation besteht deshalb darin, die (subjektive) *Beweislast* zu ermitteln. Dabei gilt folgender – übrigens in keinem autoritativen Text vorgeschriebener! – Grundsatz (von dem es wichtige Ausnahmen gibt): Jede Partei trägt die Beweislast für alle *tatsächlichen Voraussetzungen* eines ihr *günstigen Rechtssatzes* (sog. Rosenbergsche Formel).[21] 12

Da im Beispielsfall § 823 BGB dem K günstig ist (die Vorschrift gewährt ihm Schadensersatz und, in Verbindung mit § 847 Abs. 1 BGB a.F. [jetzt § 253 Abs. 2 BGB], Schmerzensgeld), muss also *er* alles beweisen, was sie voraussetzt – auch das Verschulden des B, hier: seine Unaufmerksamkeit).

Die zweite Etappe erst ist die *Beweiswürdigung*.[22] 13

19 *Wortlaut*: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.“

20 Zum Wahrheitsbegriff in der Philosophie siehe § 5 II Rn. 68–71.

21 Statt vieler *Robert Nober*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), § 286 Rn. 65. – Merkwürdigerweise wird in den Kommentaren zur ZPO, soweit von mir überprüft, das Stichwort „Rosenbergsche Formel“ nicht mehr erwähnt. Das ist schade, denn Leo Rosenberg (1879–1963) war ein berühmter Zivil- und Zivilprozessrechtler (er wurde wegen seiner jüdischen Herkunft von den Nazis des Amtes enthoben).

22 *Nober*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), § 286, insbesondere Rn. 6–53: Freie Beweiswürdigung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sie beginnt damit, dass zunächst die Zeugen oder sonstigen Beweismittel des Beweispflichtigen (hier des K) befragt werden. Erst wenn diese tatsächlich sein Vorbringen stützen (hier nur der D, nicht der A), dürfen zum sog. Gegenbeweis die Zeugen des Beweisgegners (hier B) gehört werden. Der Gegenbeweis ist nicht erst gelungen, wenn deren Aussagen (hier die Aussage des C) das Gericht völlig davon überzeugen, dass die Einlassungen des Beweisgegners (B) wahr sind; sondern schon dann, wenn der Richter aufgrund der neuen Aussage wieder an der Version des Beweispflichtigen (K) und seiner Zeugen (hier D) zu zweifeln beginnt – wenn also, kurz gesagt (und wie in unserem Fall), gar nichts bewiesen ist.

Ein solcher Fall der Beweislosigkeit wird als ein *non liquet* bezeichnet,[23] er kommt in der Praxis sehr häufig vor.

Dies war denn auch der Grund, warum der Gesetzgeber auch bei der Gefährdungshaftung gemäß § 7 Abs. 1 StVG einen Anspruch auf Schmerzensgeld eingeführt hat (§ 11 Satz 2 StVG).

14 Wenn aber irgendetwas dem Wesen des Rechts entspricht, dann dies: dass **entschieden werden muss**.[24] Notwendigerweise kann dabei jedoch nur einer der beiden Parteien Recht gegeben werden, nicht etwa beiden Recht oder beiden Unrecht – das wäre Rechtsverweigerung.[25] (Zum Sonderfall von Klage und Widerklage sogleich Rn. 23–24.) In dieser Lage kann der Richter zum zweiten Mal die Verteilung der *Beweislast* heranziehen und nun nach der folgenden Regel *entscheiden*: Wer nicht beweisen konnte, was ihm günstig ist, zu dessen Ungunsten wird entschieden.

Im vorliegenden Fall muss also die Schmerzensgeldklage des K abgewiesen werden, weil er die Voraussetzungen seines Begehrens nicht vollständig beweisen konnte: Die Aussagen der Zeugen C und D haben sich widersprochen, und Zeuge A war ein Ausfall.

5. Tenorierungsstation (auch: Entscheidungsstation)

15 Spätestens mit Abschluss der Beweisstation steht die Entscheidung in der Hauptsache fest. Auf sie folgt, wenn die Entscheidung ein Urteil ist, noch eine kurze, aber bisweilen knifflige Tenorierungsstation, in der die Urteilsformel (der *Tenor*, mit langem „e" und Betonung auf der ersten Silbe) festgelegt wird. Zum Beispiel:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.000 Euro zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. …
4. …

Außerdem ist (unter 3 und 4) über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils zu befinden, also über die oft höchst wichtigen Nebenentscheidungen. Insofern

23 Statt vieler: *Ingo Saenger*, in: Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 10. Aufl., Baden-Baden 2023, § 286 Rn. 34. – Wörtlich: Es ist nicht klar (noch wörtlicher: nicht flüssig).

24 Wunderbar daher *Jörn Ipsen*, Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik, in: Martin Borowski/Stanley L. Paulson/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, Tübingen 2017, 225-238 (232): „Juristische Methodik ist daher eine Methodik des *Entscheidens*, eine *Entscheidungs*lehre, nicht (nur) eine Auslegungslehre."

25 Nicht ausgeschlossen ist natürlich, dass die Klage nur zum Teil Erfolg hat und im Übrigen abgewiesen wird, siehe dazu sogleich das Beispiel Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sei nur an die Grundregel des Kostenrechts erinnert: Der Verlierer hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO[26]).

Statt eines Urteils kann auch einmal eine andere Entscheidung anstehen, etwa ein Beweisbeschluss (als „Zwischenstation") oder ein sonstiger richterlicher Beschluss. Daher ist die Bezeichnung „Entscheidungsstation" genauer, aber auch weniger anschaulich. 16

II. Ergänzungen

Was soeben unter I dargestellt wurde, sind natürlich nur die Grundzüge der Relationstechnik (oder „-methode"[27]). Im Einzelnen gibt es je nach Fallgestaltung Vieles und Verschiedenes zu beachten, daher gibt es auch eine ganze Reihe von Lehrbüchern.[28] Im Folgenden sollen nur drei Gesichtspunkte hinzugefügt werden. 17

1. Substantiierung (auch: Substanziierung)

Sowohl in der Klägerstation als auch in der Beklagtenstation stellt sich häufig die Frage, wie detailliert der „Sachvortrag" des Klägers bzw. der Beklagten zu sein hat. Reicht es aus zu behaupten: 18

> „Der Kläger wurde am 9.10.2014 etwa um 18.15 Uhr beim Einsteigen in die Straßenbahn an der vielbefahrenen Haltestelle H, eine Posaune auf die oberste Stufe hebend und auf der untersten Stufe stehend, von der automatisch schließenden Tür dergestalt eingequetscht, dass er sich die Supraspinatussehne rechts[29] gezerrt hat"?

Oder muss der Kläger, wenn die Stadtwerke dies „mit Nichtwissen bestreiten"[30], auch die Linien- oder Wagennummer angeben? Der BGH sagt: Er muss es nicht, die

---

26 *Wortlaut*: „Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren." – Hinzuweisen ist auf die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu beantragen (§§ 114 ff. ZPO).

27 S.o. Fn. 1 und 7.

28 Dabei scheint der erwähnte Klassiker „Sattelmacher/Sirp", jetzt: *Winfried Schuschke/Martin Kessen/Björn Höltje*: „Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen", 36. Aufl., München 2023 (484 Seiten), allmählich ins Hintertreffen zu geraten, vielleicht auch infolge von Verlagspolitik; Konkurrenz im eigenen Haus: *Monika Anders/Burkhard Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 16. Aufl., München 2024 (671 Seiten); *Rainer Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 15. Aufl., München 2023 (627 Seiten). – Weitere Konkurrenz: *Kurt Schellhammer*, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl., Heidelberg 2019 (310 Seiten). Offenbar nicht fortgeführt wird leider *Norbert Pantle/Stephan Kreissl*, Die Praxis des Zivilprozesses, 4. Aufl., Stuttgart 2007 (304 Seiten; zur Relationstechnik S. 114–119, 282–285). Eher knapp zur Relationstechnik *Peter Förschler/Hermann Steinle*, Der Zivilprozess. Ein Lehrbuch für Referendariat und Praxis, 8. Aufl., Stuttgart 2020 (312 Seiten), S. 287, 292–298.

29 Dies dürfte sich, weil die Sehne durch das Schultergelenk läuft, auf das Posaunenspiel sehr negativ ausgewirkt haben.

30 Dies ist grundsätzlich zulässig. Ebenfalls zulässig, aber sachlich leerlaufend ist die Formel: „Im Übrigen wird alles, was nicht ausdrücklich zugestanden wird, bestritten." Auch das Bestreiten muss, mit anderen Worten, substantiiert erfolgen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stadtwerke müssen also bei allen Fahrern, die für diese Zeit in Betracht kommen, nachforschen, ob sie etwas bemerkt haben.[31]

19 Im zitierten Fall hatte übrigens die Ehefrau des Posaunisten geklagt, und zwar aus dem von ihm an sie abgetretenen[32] Anspruch des Mannes. Sinn der Sache: Dann kann der Mann vor Gericht als Zeuge aussagen. Das Gericht *muss* ihn dann auch als Zeugen vernehmen – die Klage ist ja schlüssig! –, und die Stadtwerke müssen all ihre Fahrer als Zeugen für den Gegenbeweis aufbieten.

20 Das Maß an „Tatsachensättigung", das für die Schlüssigkeit bzw. Erheblichkeit der Klage bzw. Klageerwiderung erforderlich ist, bezeichnet man als „Substantiierung". Die Klage bzw. Klageerwiderung muss hinreichend „Substanz" haben. Im Einzelnen kann dieses Maß schwer zu bestimmen sein. Ganz allgemein gilt offenbar, dass an die Substantiierung des Vortrags der rechtsbegründenden Tatsachen „keine hohen Anforderungen gestellt werden".[33] Falls es insofern hapert, hat der Richter zudem gemäß § 139 Abs. 1 ZPO[34] darauf hinzuwirken, dass nachgebessert wird. Allerdings darf nicht verlangt werden, dass sich eine Partei für die Prozessführung besonderes Fachwissen aneignet – etwa medizinisches Fachwissen nach einer Körperverletzung.[35]

2. Beweislast

21 Von größter Bedeutung ist, dass die Beweislast, die wir im Beispielsfall gleich zweimal aktiviert haben, eine Frage des sogenannten *materiellen* (sachlichen) Rechts ist, nicht des Prozessrechts. Anders gewendet: Die Beweislast bleibt gleich, auch wenn die Rollen im Prozess getauscht würden.[36]

Wenn also in unserem Beispielsfall (unter I) nicht der K den B auf Schadensersatz verklagen würde, sondern B gegen K eine Klage auf Feststellung erhebt, dass er, der B, dem K gegenüber *nicht* zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verpflichtet ist – dann würde sich die Beweislast nicht etwa deshalb umkehren, „weil ja jetzt der B etwas vom K will". Vielmehr müsste nach wie vor der K dem B beweisen, dass dieser fahrlässig gehandelt hat (was ihm in unserem Fall nicht gelungen war). – Ob eine solche Feststellungsklage zulässig wäre, sei dahingestellt.

---

31 Bundesgerichtshof (BGH), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, 617–618.

32 Zur Abtretung siehe § 398 BGB: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers." – Wir haben hier wieder den Fall einer sog. Legaldefinition, genauer: Legislativdefinition.

33 *Volker Schultz*, Substanziierungsanforderungen an den Parteivortrag in der BGH-Rechtsprechung, in: NJW 2017, 16–21 (21).

34 *Wortlaut*: „Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen." – Zum neuen Satz 3 siehe unten III Rn. 33 f.

35 BGH, in: Beck'sche Rechtssammlung (BeckRS) 2019, 21878.

36 Siehe nur etwa *Nober*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), § 286 Rn. 69: „Jede Partei muss unabhängig von ihrer prozessualen Parteistellung diejenigen bejahenden oder verneinenden Tatsachen beweisen, aus denen sie ein Recht herleitet."

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es dürfte selbst anhand der wenigen Beispiele auf der Hand liegen, wie wichtig die Frage der Beweislast für die Durchsetzung des Rechts ist.[37] Meist lässt sich recht eindeutig an der Formulierung des Gesetzes erkennen, wer sie zu tragen hat. Insbesondere bedeuten Formeln wie „es sei denn": Derjenige, der sich auf diese Ausnahme beruft, hat ihre tatsächlichen Grundlagen zu beweisen. 22

Ob man den Grundgedanken der Beweislast (betreffend die Tatfrage) auf die Interpretation der Rechtssätze (also die Rechtsfrage) übertragen kann, ist fraglich.[38] Es droht dann wohl ein Regress *ad infinitum* (ins Unendliche)[39]: Wer von den beiden Parteien muss begründen, dass der Rechtssatz dem K oder dem B günstig ist? Und wer muss den Rechtssatz begründen, aus dem sich eben dies ergibt? Und den Rechtssatz, aus dem sich dies zweite ergibt? Eine solche „*Rechtsbegründungslast*"[40] könnte daher als geltendes *materielles* Recht wohl nur der Gesetzgeber durch einen autoritativen Text einführen: *auctoritas, non veritas facit legem* (s.o. § 14 Rn. 23). Nur würde er damit Unmögliches verlangen.

Oder mit anderen Worten: Irgendwann kommt jede Begründung an ihre Grenzen, und wirkliche *Letzt*begründungen gibt es nicht. (Das ist ja auch die Idee von Kelsens „Grundnorm".[41])

3. Klage und Widerklage

Wir haben oben etwas salopp gesagt, dass ein Rechtsstreit *entschieden* werden muss, und dies heiße: Notwendigerweise könne nur einer der beiden Parteien Recht gegeben werden, nicht etwa beiden Recht oder beiden Unrecht. Dies bleibt auch richtig – allerdings kann es durchaus vorkommen, dass sich um *einen* Sachverhalt *zwei* Rechtstreitigkeiten ranken. Dann kann es in der Tat *scheinbar* dazu kommen, dass *beide* Parteien „Unrecht haben". Betrachtet man die Dinge genau, haben sie aber auch zweimal Recht – nämlich in zwei verschiedenen Prozessen. 23

37 Aktuell in der Diskussion: die Produkthaftung bei Versagen von sogenannter KI (Künstlicher Intelligenz). Soll auch hier eine sogenannte **Beweislastumkehr** stattfinden, das heißt: Nicht mehr der Geschädigte muss beweisen, dass die „KI" fehlerhaft arbeitete, sondern der Verwender (?) bzw. Hersteller (?), dass sie mangelfrei funktionierte. Der Deutsche Anwaltverein ist skeptisch: https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/dav-lehnt-gesamtschuldnerisches-haftungskonzept-bei-kuenstlicher-intelligenz-ab <29.09.2022>. – Zur Produkthaftung als einem klassischen Beispiel der Beweislastumkehr (aber nur bezüglich des Verschuldens!) *Gerhard Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2024, § 823 Rn. 1138.

38 *Dominik Richers*, Rechtslast. Lastregeln als Mittel der Überwindung von Zweifeln in der Rechtsanwendung, Berlin Boston 2017.

39 Zum Münchhausen-Trilemma siehe § 3 Rn. 29 mit dem Verweis auf *Hans Albert*, Traktat über kritische Vernunft (1968), 5. Aufl., Tübingen 1991, S. 15: Wahl zwischen infinitem Regress, logischem Zirkel, Abbruch des Verfahrens.

40 Den Terminus „Rechtslast" halte ich für unglücklich, weil er erstens zu nahe an (politisch) „rechtslastig" liegt und zweitens die Assoziation nahelegt, das Recht sei eine Last.

41 In Kürze: Ein Sollen kann immer nur aus einem Sollen abgeleitet werden. Warum soll man aber dem letzterreichbaren Sollen gehorchen – hier: der höchsten rechtsetzenden *auctoritas*? Weil das Wort „sollen" sonst sinnlos wäre. Deshalb besagt die Grundnorm als transzendentale Voraussetzung, dass man der Verfassung und allem aus ihr abgeleiteten Recht gehorchen soll – und hat selbst keinen Inhalt. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), S. 20–24, 65–69, zitiert nach der Studienausgabe, Tübingen 2008; 2. Aufl., Wien 1960, S. 196–209.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anschaulich wird dies im Fall von Klage und Widerklage. Gemäß § 33 ZPO kann bei „dem Gericht der Klage … eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht." Dabei reicht es allerdings nicht aus, dass sich der Gegenanspruch im Leugnen des Klagebegehrens erschöpft – die oben angedachte Feststellungsklage auf Nichtbestehen des Anspruchs auf Schmerzensgeld wäre als Widerklage unzulässig.

24 Wohl aber könnte der Beklagte B in unseren Beispielsfall (unter I) einen Gegenanspruch auf Ersatz des Sachschadens an seinem Kraftfahrzeug geltend machen („hat mir mit seinem Koffer den Lack zerkratzt") – und müsste dafür ein Verschulden des K beweisen. Geht die Sache dann so aus wie geschildert – der Sachverhalt lässt sich nicht eindeutig aufklären –, „haben beide Unrecht" (aber eben auch beide, in der Defensive, Recht). Null zu Null.

Wir werden im Kontext von Kants „Kritik der reinen Vernunft" darauf zurückkommen (§ 30 Rn. 34).

III. Die Bedeutung der Relationstechnik

25 Ich habe eingangs dieses Paragraphen bereits meinem Befremden darüber Ausdruck gegeben, dass die Relationstechnik (oder „-methode") im Studium und in den akademischen Juristischen Methodenlehren völlig ausgeblendet wird. Dies treibt, wenn man so will, zwischen die „Wissenschaft" und die „Praxis" des Rechts einen Keil, auf den beide Seiten offenbar kraft Gewohnheit stolz sind. Im schlimmsten Fall leistet dieser Keil dem jeweiligen Standesdünkel Vorschub: „Das mag in der Theorie richtig sein …". Oder: „Das ist bloße Praktikerliteratur".

Hinzuweisen ist hier natürlich auf Immanuel Kants (1724–1804) berühmten Aufsatz „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis" von 1793 (er handelt übrigens nicht zuletzt von Freiheit, Gleichheit und – mit großer Vorsicht – auch von Demokratie). In der deutschen Rechtstheorie hat vor einigen Jahren Matthias Jestaedt die Formel aufgegriffen.[42]

26 Im besseren Fall (und das ist natürlich der Regelfall) führt der Keil zwischen „Wissenschaft" und Praxis zu einer sehr fruchtbaren Konkurrenz.

Man denke an die vielfältige Zusammenarbeit von „Wissenschaftlern" und „Praktikern" in der Kommentarliteratur. Oder in der Methodenlehre an die beiden Werke von Franz Reimer („akademisch") und Hans-Joachim Strauch („praktisch").[43]

27 Für Studenten hat das Aussparen der Relationsmethode freilich den Nachteil, dass es im Hinblick darauf, wie das Recht praktisch zustande kommt – *how it works* –, an Anschauung fehlt. Vielleicht würde den Studenten sehr vieles sehr viel früher „klar", wenn sie wüssten, dass wir alle nur mit Wasser kochen.

---

42 *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein … Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2006.

43 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020; *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage (leider ohne Sachverzeichnis): Baden-Baden 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Natürlich fördert der Nebel, in dem so viele Studenten tappen, aber auch das Geschäftsmodell der Repetitoren. – Zu deren Verteidigung sogleich unter (1).

Ein Versuch, Theorie und Praxis möglichst früh zusammenzuführen, war in den 1970er Jahren die sogenannte Einphasige Juristenausbildung – in meinen Augen ein klar überlegenes Modell, gerade wenn und weil sie frühzeitig auch die Grundlagenfächer[44] einbezogen hat. In dieser einphasigen Ausbildung folgten – idealtypisch – auf ein zweijähriges Grundstudium mit (deftiger) Zwischenprüfung jeweils im Wechsel: mehrere (längere) Praxisstationen mit anschließender (kürzerer) Vertiefung an der Universität (plus ein Monat Urlaub). In dieser Zeit wurden die „Rechtspraktikanten" schon bezahlt, die einzelnen Phasen wurden mit Prüfungen abgeschlossen, die schon für die Gesamtnote zählten, hinzu kam eine abschließende Prüfung zum gesamten Stoff. *Und dann war man mit der Ausbildung schon fertig*, d.h., man hatte damit die „Befähigung zum Richteramt"[45] erworben (Zeitersparnis etwa zwei Jahre). Leider ist dieses Modell trotz großer Erfolge[46] beendet worden: letztlich, weil es zu viel kostete (viel bessere Betreuungsrelation!) und weil man Kritik an der „Massenuniversität" leicht an sich abperlen lassen konnte. 28

1. Zur Geschichte der Relationstechnik

Es ist somit ganz hilfreich, sich zu vergegenwärtigen, dass die heutige Trennung von Theorie (an der Universität) und Praxis (bei Gericht, in der Anwaltschaft, in den übrigen „volljuristischen"[47] Berufen) nicht selbstverständlich ist. So gab es etwa – wir haben es in § 1 Rn. 16 schon erwähnt – bis in das frühe 19. Jahrhundert hinein an den Rechtsfakultäten ganz selbstverständlich Veranstaltungen zur „Practischen Jurisprudenz", darunter Referier- und Disputierkunst, Kautelarjurisprudenz, Staats- und Kanzleipraxis, Archiv- und Registraturwissenschaft – und ganz zuvörderst eben auch Relationstechnik. Nach der „Verstaatlichung" der Juristenausbildung in Preußen mit zwei Staatsexamina (statt eines Universitätsabschlusses) wurden diese Fächer an den Universitäten überflüssig und folglich erst im „Vorbereitungsdienst"[48], dem Referendariat, relevant. 29

Dass sich das Referendariat, weil unbezahlt, nur Begüterte leisten konnten, ist jedenfalls einer kurzen Erwähnung wert.[49]

---

44 Also Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie.

45 Siehe sogleich Fn. 47.

46 Die bekanntesten Absolventen sind Hartmut Bauer (Augsburg), Horst Dreier (Hannover) und Olaf Scholz (Hamburg).

47 Als „volljuristisch" bezeichnet man Berufe, zu denen man nur zugelassen wird, wenn man die „Befähigung zum Richteramt" gemäß § 5 Abs. 1 DRiG (Deutsches Richtergesetz) erworben hat – in der Regel ist dies das Zweite juristische Examen (Ausnahme: auch „jeder ordentliche Professor an einer Universität im Geltungsbereich dieses Gesetzes", § 7 DRiG). Dies sind vor allem die Berufe von Rechtsanwalt, Staatsanwalt und Notar.

48 Er heißt noch heute so, § 5b DRiG.

49 Zum gesamten vorherigen Text *Christian Hattenhauer*, „… oder zum wenigsten fünf jar lang im rechten studiert" – Ein Streifzug durch die Geschichte des rechtswissenschaftlichen Studiums, in: JA-Sonderheft für Erstsemester 2016, 20–31.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

30 Wie auch immer: Die spezifisch deutsche Trennung von „Wissenschaft" und „Praxis" hat hier ihren Ursprung. Natürlich hat sie auch, ja sogar vornehmlich, etwas Gutes: Die akademischen Rechtswissenschaftler an den Universitäten sind gewissermaßen ein kritisches Gegengewicht zum „Rechtsstab" (das ist ein Terminus technicus[50]) im eigentlichen Sinn, also zu den als Richter, Anwalt, Wirtschafts- oder Verwaltungsjurist Tätigen. Auf der anderen Seite hindern die praktisch tätigen Juristen die akademische Jurisprudenz daran, sich gänzlich im Elfenbeinturm von „Theorien" zu verstricken, die keine praktische Relevanz haben.

Dass so etwas denn auch in der deutschen akademischen Jurisprudenz kaum einmal vorkommt (denken Sie sich hier einen Smiley), liegt eben daran, dass wir alle das Staatsexamen haben.

31 Allerdings wird es, solange in der Juristenausbildung diese Arbeits- und Funktionsteilung von Universität und Staat herrscht, geradezu notwendig einen dritten Akteur geben, der *beide* Seiten beobachtet und das jeweilige „Wissen", das sie erzeugen, ausbildungsgerecht aufarbeitet: die juristischen Repetitorien, also private Rechtslehrer, die gegen Entgelt auf das Examen vorbereiten (meist sind es große, überregional tätige Unternehmen).

Dass die Repetitorien mittlerweile nicht nur auf das Erste Examen (das noch stark von der akademischen Lehre bestimmt wird), sondern auch auf das Zweite Examen vorbereiten, ist allerdings bedauerlich.[51] Es liegt wohl daran, dass der Rechtsstoff immer komplizierter und unübersichtlicher wird und sich immer schneller ändert – so dass Dinge, die man in der „Zivilstation"[52] gelernt hat, im Examen schon wieder veraltet sein können.

2. Renaissance der Relationstechnik? Der neue § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO

32 Manfred Rehbinder (geb. 1935) schreibt in seiner Rechtssoziologie (Hervorhebung J.L.): „Das Bedürfnis nach Rechtspflege, d.h. nach *gutem juristischen Handwerk*, ist umso größer, je komplizierter der Rechtsstoff wird oder je älter er ist und dem Sozialleben unangepasster, je schneller die Gesellschaft also den Rechtsrahmen sprengt"[53] – und

50 Der Begriff geht, in der Bezeichnung allerdings eher lose, zurück auf *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, Nachdruck 2013, § 6, S. 17 f. (dort heißt es „Erzwingungsstab"); zentral ist der Begriff bei *Manfred Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, Rn. 3 et passim; kritische Übersicht über die verschiedenen Sparten des Rechtsstabes (und die juristische Ausbildung) bei *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, § 5 (S. 162–186).

51 Denn: Im Grunde sollte man im Vorbereitungsdienst nur (noch) lernen, wie man das Wissen, das man sich an der Universität in fünf Jahren hart erarbeitet hat, in verschiedenen Praxisfeldern anwendet – kurz: Es geht eigentlich nur noch um diese *Methoden*. Stattdessen findet ein zweites Mal ein großes Quiz statt: Was hat die Rechtsprechung gerade wieder neu entschieden, was hat der Gesetzgeber gerade wieder neu geregelt? – Marktführer sind übrigens die „Kaiserseminare", gegründet von Horst Kaiser, ehemals Richter am Landgericht Lübeck. Der Internet-Auftritt ist hochprofessionell: https://www.kaiserseminare.com/, die Vernetzung mit der juristischen Ausbildungsliteratur offenbar auch. Kurz, das Geschäft mit der Angst blüht.

52 Auch der Referendardienst ist in „Stationen" gegliedert: bei einem Zivilgericht, bei Staatsanwaltschaft und/oder Strafgericht, bei einer Verwaltungsbehörde (selten völlig durch ein Verwaltungsgericht zu ersetzen), beim Rechtsanwalt. Hinzu kommt eine „Wahlstation".

53 *Rehbinder*, Rechtssoziologie (Fn. 50), Rn. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwar nicht nur, wie Rehbinder meint, indem sie „die Normenwelt des gesetzten Rechts in einem weiten *cultural lag* hinter sich lässt", sondern auch und gerade, indem sie diese „Normenwelt" einem Dauerstress[54] durch Dauerveränderung unterwirft.

Vielleicht aus diesem Grund, vielleicht aber auch, weil angesichts einer Geringschätzung von Logik und Methodik zu Gunsten von „Werten" und/oder „Examensrelevanz" immer weniger Juristen in der Lage sind, klare und schlüssige Texte zu verfassen,[55] hat der Gesetzgeber im Jahr 2020 reagiert und an den bereits erwähnten § 139 Abs. 1 ZPO (richterliche Hinweispflicht) einen neuen Satz 3 angefügt. Die Vorschrift liest sich daher nun wie folgt (kursive Hervorhebung von mir): 33

> **§ 139 Materielle Prozessleitung** (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. *Das Gericht kann durch Maßnahmen der Prozessleitung das Verfahren strukturieren und den Streitstoff abschichten.*

Diese Änderung ist in der Praxis zum Teil auf Befremden gestoßen: Was, lieber Gesetzgeber, meinst du denn, haben wir bisher anderes getan als strukturiert zu arbeiten? Die Regelung habe daher, so heißt es, lediglich klarstellenden Charakter[56], in anderen Augen ist sie nichts als ein „funktionsloser Programmsatz"[57]. Selbst diejenigen, die in der Vorschrift einen Schritt in die richtige Richtung erkennen, bescheinigen ihr, sie sei „mit wenig Geschick formuliert, ihr Wortlaut für sich genommen wenig erhellend"[58]. 34

Ebenfalls wohlwollend, aber auch ein wenig vereinnahmend ist die Auslegung, hinter dem neuen § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO stehe, wenn man es recht bedenke, eine „Renaissance der Relationsmethode".[59] Ich glaube zwar nicht, dass der Gesetzgeber dies wirklich gemeint hat – er hat lediglich das Problem schlechten Handwerks gesehen und darauf symbolisch reagiert. Nichtsdestoweniger wäre es vernünftig, dies in die Vorschrift hineinzulesen.[60]

---

54 Stress ist Rhythmusstörung; allzuviel „Hineinpfuschen" bringt das Recht daher aus dem Takt.

55 Siehe auch *Anders*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung (Fn. 1), vor § 253 Rn. 52: „Daher ist nicht nachzuvollziehen, warum die Relationsmethode in der heutigen Zeit, in der Schnelligkeit und Flexibilität eine besondere Bedeutung haben, nicht mehr von allen Juristen beherrscht wird."

56 *Peter Fölsch*: Neuerungen im Zivilprozess – Entfristung, Spezialisierung, Effizienz, in: NJW 2020, 801–807 (804). – Auch der Gesetzgeber selbst spricht der Regelung nur einen klarstellenden und motivierenden Charakter zu, siehe Bundesrats-Drucksache (BR-Drs.) 366/19, S. 14.

57 *Nikolaus Stackmann*, Zivilprozess – Effizienz, Utopie und Stückwerk, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2019, 193–196 (195); Stackmann fährt mit Recht methodenkritisch fort: „Um Unstimmigkeiten bei der Gesetzesanwendung auszuschließen, sollten generell Gesetzesänderungen in Punkten vermieden werden, die das bestehende Recht bereits regelt, [und zwar] wie gewünscht. Das könnte sonst die Frage aufwerfen, warum die bestehende Rechtslage ausdrücklich geregelt [wurde] und gegebenenfalls einer Auslegung Vorschub leisten, die der Änderung weiterreichende, aber nicht beabsichtigte Bedeutung beimisst."

58 *Reinhard Gaier*, Erweiterte Prozessleitung im zivilgerichtlichen Verfahren, in: NJW 2020, 177–182 (177).

59 Siehe bei und in Fn. 7.

60 Zur methodologischen Warnung vor diesem Verfahren siehe Fn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

35 Weniger klar ist, ob – im Zuge der Digitalisierung – die Einführung eines verbindlichen **elektronischen Basisdokuments** vernünftig wäre.[61] Gemeint ist damit ein am Computer aufzurufendes Formular (wie bei der Steuererklärung), das *von den Parteien* (!) *anstelle der Schriftsätze* erstellt und ergänzt wird, und zwar in einer vorgegebenen Relationstabelle in chronologischer Reihenfolge (der Vorschlag stammt immerhin von den Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs).

Gegen ein solches Verfahren sprechen freilich: erstens die Mehrdeutigkeit der Alltagssprache, zweitens die notwendig sehr unterschiedlichen Verstehenshorizonte der Parteien und auch ihrer Anwälte[62] („doppelte Kontingenz", s.o. § 10 Rn. 31) Missverständnisse wären also „vorprogrammiert" – ich erinnere mich an ein Bußgeldverfahren, in dem die Behörde und ich als Vertreter meines Mandanten erst nach Wochen bemerkt haben, dass wir bei einer Zustellungsproblematik nicht von demselben Bescheid sprachen.

36 Daher sollte, ja deshalb *darf* in ein solches Formular nur das eingetragen werden, was zuvor durch den Verstehensfilter des Richters gegangen ist.[63]

> Nur dann wäre es auch gerechtfertigt, dieses Basisdokument im Urteil an die Stelle des sogenannten Tatbestandes (= Sachverhaltsschilderung) treten zu lassen (das ist eine weitere Idee der Präsidenten). Nur *auctoritas* (= Urheberschaft) *facit legem* (= autoritative Texte, siehe § 14 II). – Als Referendar macht man übrigens schnell die Erfahrung, dass die Formulierung eines guten Tatbestandes viel schwieriger ist als das Herunterdeduzieren der Entscheidungsgründe (zum Aufbau eines Urteils s.o. § 14 Rn. 6–7).[64] Und dies soll man jetzt den Parteien überlassen?

Zudem muss bei den Parteien *nachgefragt* werden, ob der Richter sie auch *richtig* verstanden hat. Dies, aber auch nur dies, wäre in Zeiten der Digitalisierung eine wirkliche Verbesserung des rechtlichen Gehörs.

3. Der Sinn und die Vernunft der Relation

37 Die aktuelle Entwicklung macht daher in durchaus unerwarteter Weise deutlich, was der wirkliche *Sinn* der Relationsmethode ist: Übersetzung. *Übersetzung* der Lebenswirklichkeit[65] mit ihren vielen Sinnzusammenhängen (zum Begriff § 5 Rn. 40–59)

---

61 Zum Einstieg *Monika Anders*, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung, 80. Aufl., München 2022, § 139 Rn. 35d-35e (mit weiteren Nachweisen); in der 82. Aufl. 2024: § 139 Rn. 46–50 (47) mit Hinweis auf weitere Vorschläge zur „Digitalisierung".

62 Ich habe bei einem Vortrag am IMPP (Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen, es ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Sitz in Mainz) einmal angemerkt, dass – anders als bei den Ärzten mit ihrem Einser-Abitur – in der Rechtspflege jeder Mandant einen Anwalt findet, der zu seinem intellektuellen Niveau passt.

63 Es wäre dann ein sozusagen amtlicher „Aktenspiegel", siehe vor I Rn. 3.

64 Oder aus der Sicht eines erfahrenen juristischen Gutachters: Aus der Schilderung des Lebenssachverhalts muss bereits hervorgehen, dass es nur eine vernünftige Lösung des Falls – nämlich die dann vorzuschlagende – geben kann. Wir kommen darauf zurück.

65 Nebenbei: Dass man die „Lebenswirklichkeit" in andere Sinnzusammenhänge übersetzt, ist die alltäglichste Sache der Welt – etwa, wenn man eine reale Entfernung in die Maßeinheit „Meter" über-

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in den gemeinsamen Sinnzusammenhang des Rechts. Das Ganze verläuft Schritt für Schritt, Station um Station, und wird dadurch im wahrsten Sinn des Wortes nach-vollziehbar. Deshalb ist es auch so *sinn*-voll, dass die Juristen in Deutschland, und zwar *alle*, diese Methode zumindest bis zum Zweiten Juristischen Examen gelernt haben.

Und es ist blamabel, wenn dies im Zuge einer angeblich moderneren Ausbildung nicht mehr vermittelt wird.

Um schließlich noch ein wenig höher zu greifen: Im Grunde[66] zeigt sich in dieser Methode des strukturierten rechtlichen Gehörs auf Seiten beider Parteien so etwas wie *Vernunft*. In „Vernunft" steckt ja, über das rationale „Verstehen" des Verstandes hinaus, auch das leicht emotional getönte „Vernehmen" und „Wahrnehmen" eines Phänomens – eben wie beim (Zu)Hören[67]. Anders gewendet: Vernunft setzt eine gewisse *Offenheit* für das, was einem begegnet,[68] voraus – und eben diese Offenheit eröffnet die juristische „Relation". 38

Dass Vernunft am Ende *auch* darin besteht, „dass wir von allen unseren Begriffen, Meinungen und Behauptungen … Rechenschaft geben können"[69], ändert daran nichts.

setzt. Und sogar im Sinnzusammenhang Mathematik kann es zu Übersetzungen kommen, etwa vom Dezimalsystem in die Bruchrechnung, und auch dort gibt es dann Grenzen der Präzision: 0,3333333 …).

66 Schöne Definition von Rechtsphilosophie: „Will die Jurisprudenz nicht … auf ihren Wissenschaftscharakter verzichten, … so muss die Rechtswissenschaft (zumindest) für philosophisches *Fragen*, und das heißt vordergründig schlicht: *ganzheitliches* Fragen, Fragen nach dem *Grund*, auf dem man sich bewegt, offen sein"; so *Alexander Hollerbach*: Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 85 (1960), S. 241–270 (265 Fn. 126), wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 107–133 (128) – Hervorhebungen J.L.

67 Wunderbare Metapher: *Thomas Vesting*, „… Zuhören ist Lesen mit dem Ohr". Zur einmaligen Allianz von Schrift und Sprache im jüdischen Recht, in: Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg (Hrsg.), Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie, Tübingen 2013, S. 181–195.

68 Peirce würde wohl sagen: eine Offenheit für die Erstheit (Firstness) der Phänomene, das heißt: für ihre je eigene Qualität (s.o. § 5 II Rn. 77).

69 *Immanuel Kant*, KrV B 642 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 642; „A" ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 23 Die „Schemata" – und die Wirklichkeit „hinter" ihnen

1 Wir haben soeben in § 22 behauptet, in Gestalt der sogenannten Relationstechnik *zeige sich* geradezu so etwas wie Vernunft.[1] Dem könnte man freilich entgegnen: Ist es nicht ganz im Gegenteil so, dass diese Relationstechnik die „Lebenswirklichkeit", gar das „Menschliche", in ein allzu starres Schema zwängt? Ein Schema, das der Diversität und Vielschichtigkeit der Menschen nicht gerecht wird? Wir kommen darauf zurück (§ 40).

Besonders amüsant, wenn auch nicht unmittelbar gegen die Relationstechnik gerichtet: „Das Recht fabriziert Subjekte, die ideologisch verblendet, emotional verarmt, kommunikativ ausgedörrt und politisch passiviert sind."[2]

2 Noch näher läge dieser Vorwurf wohl gegenüber den sogenannten „Prüfungsschemata", mit denen die Juristen vom ersten Semester des Jurastudiums an die *Rechts*fragen des Falls Punkt für Punkt abarbeiten. Diese Schemata bilden in der Wahrnehmung (!) vieler Studenten geradezu das Zentrum ihrer Tätigkeit, ja das „Gängelband" (in Anlehnung an Kant[3]), an dem sie sich angesichts von Unklarheit über das, was im Recht *wirklich* auf dem Spiel steht, gern festhalten („ich hab' doch zu allen Punkten was gesagt …"). Aber „Schemata auswendig lernen" hilft wenig – dies wäre gerade so, als wollte man zu einer Kamera die Gebrauchsanleitung auswendig lernen – und meinen, dann könne man schon ein gutes Video drehen.

Zudem „steht vieles im Gesetz" (außer, versteht sich, bei ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen [§ 16 Rn. 46–49] oder gar ungeschriebenen Anspruchsgrundlagen [Stichwort „enteignungsgleicher Eingriff"]). Es wäre daher Unsinn zu meinen, man müsse zu jedem einzelnen Straftatbestand ein „Schema lernen" – man muss lediglich der Reihe nach die Merkmale des jeweiligen Straftatbestandes, so wie sie im Gesetz stehen, auflisten und sie dann „durchprüfen". *Nothing more pretentious.*

3 Auf der anderen Seite sind „Schemata" unentbehrlich – wenn und weil eben nicht „alles im Gesetz steht". Vielmehr ist vieles ein Ergebnis von Interpretation und Systematik, kurz: von Dogmatik (§ 11), und die Schemata dienen dazu, diese Dogmatik am konkreten Fall zu verwirklichen. (Schemata sind, wenn man so will, „geronnene Dogmatik".[4])

Nebenbei: Kant verwendet die Begriffe „Schema" und „Schematismus", um zu erklären, wie die „Urteilskraft"[5] bei der Unterordnung eines Falls unter eine Regel (bzw. einen Begriff[6]) funktionieren könnte.[7]

4 Wichtig ist dann allerdings: Was wir „Dogmatik" nennen, sind keine Hirngespinste. Es sind vielmehr bestimmte Vorstellungen und Meinungen[8] davon, was *wirklich* rechtlich gesollt ist. Anders gewendet: Hinter jeder Dogmatik steht eine rechtliche *Wirklichkeit*

---

1 Um erneut Wittgenstein abzuwandeln: Was man nicht sagen kann, das muss sich *zeigen*.

2 So der Klappentext bei *Daniel Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Frankfurt a.M. 2017. Im Werk selbst (S. 54) wird diese Erkenntnis Hegel zugeschrieben. Interessant.

3 *Immanuel Kant*, KrV B 172 f. (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 172 f.; „A" ist die erste Auflage; zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985), spricht von einem „Gängelwagen" der Urteilskraft.

4 Eine Formulierung meines Greifswalder Kollegen Uwe Kischel.

5 Sie bleibt bei Kant etwas mysteriös, s.u. § 31 Rn. 37–38, 40–42 und bereits oben § 9 Rn. 4–10.

6 Begriffe und Regeln sind letztlich zwei Aggregatzustände derselben Erkenntnis (§ 5 Rn. 120).

7 *Kant*, KrV B 176–187 (Fn. 3) – lesenswert!

8 Griechisch *dokeín*: annehmen, meinen, glauben, wähnen, dafür halten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– so wie sie nach Ansicht dieser Dogmatik *sein sollte*. Und daraus folgt: Um Schemata *wirklich*, das heißt: praktisch zu verstehen, muss man sich klar machen, welche rechtliche Wirklichkeit „hinter" ihnen steht. Ob diese Wirklichkeit dann auch „vernünftig" ist,[9] ist eine zweite Frage – und deshalb kann und muss man gelegentlich auch darüber streiten, welches *Schema* das „richtige" ist.

„Hinter" heißt auf Altgriechisch übrigens *metá*. Was wir hier unternehmen, ist also eine Art Metaphysik der juristischen Prüfungsschemata. Sie erfolgt, wie sich zeigen wird, letztlich im Geist des Pragmatismus: Was sind die praktischen Folgen, die in diesem oder jenem Schema „abgebildet" werden?

I. Zwei Schemata aus dem Öffentlichen Recht

1. Das Prüfschema für Verwaltungsakte: Anwendungsvorrang und Geltungsvorrang

Wir haben bereits in Kapitel 2 beobachtet, dass sich „hinter" dem Prüfungsschema für Verwaltungsakte nichts Geringeres „verbirgt" als der *Stufenbau* der Rechtsordnung (§ 11 Rn. 42–45): Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob der Verwaltungsakt (VA) – z.B. die Auflösung einer Demonstration durch die Polizei – dem sogenannten einfachen Recht genügt, hier: dem Versammlungsgesetz. Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob das einfache Recht der Verfassung entspricht oder aber verfassungswidrig ist. Dabei spielen insbesondere die Grundrechte eine Rolle. Zur Erinnerung (§ 11 Rn. 44): 5

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts
   a) *Gesetzliche* Grundlagen (z.B. VwVfG, StVG)
      aa) Formelle *Verfassungsmäßigkeit* der gesetzlichen Grundlagen
      bb) Materielle *Verfassungsmäßigkeit* der gesetzlichen Grundlagen
   b) Erfüllung der Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage
2. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts
   a) *Gesetzliche* Grundlage (z.B. StVG)
      aa) Formelle *Verfassungsmäßigkeit* der gesetzlichen Grundlage
      bb) Materielle *Verfassungsmäßigkeit* der gesetzlichen Grundlage
   b) Erfüllung der Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage
3. Ergebnis

Praktisch-methodisch ist nun hinzuzufügen: „Hinter" diesem Schema und auch „hinter" diesem Stufenbau stehen zwei pragmatische Grundsätze, die man streng unterscheiden muss: der *Anwendungsvorrang* der rangniedrigeren „Norm" und der *Geltungsvorrang* der ranghöheren Norm (dazu schon § 18 Rn. 40–42). In Kürze: Der „Rechtsanwender" hat immer ganz unten zu beginnen – Anwendungsvorrang –, z.B. indem er prüft, ob das Verwarnungsgeld, das die Ordnungsbehörde ihm wegen Verstoßes gegen ein Halteverbot auferlegt, seine Rechtfertigung darin findet, dass er wirklich falsch 6

9 Dies gegen *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), Vorrede, zitiert nach: Werke Band 7, Frankfurt a.M. 1970, S. 24: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig". Dass dies ein gefährlicher Gedanke ist, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die nationalsozialistische Ideologie sich gern an Hegel angeschlossen hat – nicht zuletzt der für die juristischen Methodenlehren so einflussreiche Karl Larenz (siehe oben §1 Rn. 23, § 15c Rn. 8–10).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gehalten hat (§ 12 StVO – Straßenverkehrsordnung –). Möglicherweise lag ja gar kein wirksames Verbot vor?

Ein kurioser Fall: Für einen Umzug wurde vom Umzugsunternehmen ein Halteverbotsschild mit dem Zusatz „ab 17.9., 7 Uhr" aufgestellt. Gemeint war: „17.9., ab 7 Uhr". Der Umziehende wusste dies natürlich, stellte seinen Pkw am 18.9. dorthin – und bekam prompt ein Knöllchen.[10]

7 Erst danach geht es Stufe um Stufe nach oben, wobei – Geltungsvorrang! – „der Ober den Unter sticht", das heißt: Eine rangniedrigere Norm kann wegen Verstoßes gegen die ranghöhere Norm unwirksam sein.

Gelegentlich ist auch eine verfassungskonforme Auslegung möglich (§ 18 Rn. 52–54). Wir können hier hinzufügen, dass es insofern auch eine „geltungserhaltende Reduktion" gibt: Das Gesetz muss restriktiv interpretiert werden, sonst würde es wegen Verstoßes gegen die Verfassung gar nicht gelten.[11]

8 Im Übrigen sollte man das *einfache Recht* mit seinem Anwendungsvorrang gegenüber der Verfassung viel ernster nehmen, als es häufig geschieht. Es ist nicht jeder Fall ein Fall für die Verfassung, insbesondere sollte man nicht jeden Fall zu einem Grundrechtsfall hochjubeln.[12] Ganz besonders sollte dies im Zivilrecht gelten – daher mutet es merkwürdig an, dass der BGH (Bundesgerichtshof) in einem Fall, der die Kritik eines ebay-Käufers an seinem Verkäufer betraf, geradezu ein Traktat über die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG (Grundgesetz) verfasst hat (dabei übrigens kein Wort zu der wichtigen Frage, wie weit die Grundrechte überhaupt zwischen Privaten gelten, sog. „Drittwirkung"[13]).

Konkret ging es um vier Gelenkbolzenschellen (was immer das sein mag) zum Preis von 14,36 Euro, hinzu kamen 4,90 Euro Versandkosten. Kommentar des Kunden K im Internet: „Ware gut, Versandkosten Wucher!!" Der Verkäufer klagte auf Löschung des Kommentars. Das Amtsgericht Weiden in der Oberpfalz gab ihm Recht, der BGH dem Kommentator. Das hätte man doch auch ohne Grundrechte hinbekommen (nämlich durch schlichte Interessenabwägung bei Auslegung der Begriffe „sachlich" und „keine Schmähkritik" – so müssen ebay-Bewertungen sein)!

---

10 Für diesen Fall kann man sich an der „Rechtsnatur" des Verkehrsschildes abarbeiten. Ist das Schild eine Rechtsverordnung, dann ist es so auszulegen, wie *alle* es verstehen müssen; ist es ein Verwaltungsakt (so die herrschende Meinung), dann ist es so zu verstehen, wie der individuelle Verkehrsteilnehmer es verstehen darf, hier: Es leidet an einer offenbaren Unrichtigkeit (vgl. § 42 VwVfG). – Der Fall hat sich wirklich so zugetragen, der Bußgeldbescheid scheiterte dann aber schon an formellen Fehlern.

11 Das Problem ist dann natürlich, dass zu der damit verbundenen teilweisen Verwerfung der Norm nur das Verfassungsgericht befugt ist, vgl. *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, Berlin 2009, S. 56 ff., 79 f. – Zur geltungserhaltenden Reduktion im Zivilrecht: *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 5 Rn. 88.

12 Klassisch das Sondervotum von Dieter Grimm in BVerfGE 80, 137 (164) - Reiten im Walde (1989) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]): „Das Reiten im Walde genießt keinen Grundrechtsschutz."

13 Klassischer Fall: BVerfGE 7, 198 – Lüth (1958); aber da ging es um die Bedeutung der Meinungsfreiheit im Prozess der politischen Willensbildung (Boykott eines Films des Nazi-Regisseurs Veit Harlan).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Ein Prüfschema für die Grundrechte: „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“

Das wohl bekannteste Schema im Öffentlichen Recht ist das Schema zu Prüfung von Grundrechten: „Schutzbereich – Eingriff – (verfassungsrechtliche) Rechtfertigung des Eingriffs“. Es kann nicht genug betont werden, dass dieses Schema nicht selbstverständlich ist. Es wurde vielmehr exakt im Jahr 1983 „erfunden“ und in die juristische Dogmatik eingeführt: in Gestalt der ersten Auflage des Lehrbuchs „Staatsrecht II – Die Grundrechte“ von Bodo Pieroth und Bernhard Schlink[14] (siehe schon § 18 Rn. 92–94). Zuvor lautete das Schema, nach dem geprüft wurde: „Schutzbereich – Schranken“.[15] Worin lag nun der praktische Unterschied? 9

Für Nicht-Juristen: Die bekanntesten Grundrechte sind das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG), Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG). Des Weiteren die Koalitionsfreiheit im Arbeitsrecht, also insbesondere das Recht, Gewerkschaften zu bilden (Art. 9 Abs. 3 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 GG), das Eigentum und das Erbrecht (Art. 14 GG). Schließlich das „Auffanggrundrecht“ des Art. 2 Abs. 1 GG, die sogenannte allgemeine Handlungsfreiheit (die sich im autoritativen Text des Grundgesetzes allerdings so nicht findet[16]).[17]

Außer diesen Freiheitsgrundrechten gibt es auch Gleichheitsgrundrechte (Art. 3 GG), für sie passt das folgende Schema nicht. Die Würde des Menschen ist ein Fall für sich, weil sie nach herrschender Meinung (h.M.) „abwägungsresistent“ ist.[18]

---

14 Erschienen in Heidelberg. Mittlerweile liegt es, fortgeführt von zwei Schülern Pieroths und Schlinks, wie folgt vor: *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 40. Aufl., Heidelberg 2024. – Ich zitiere im Folgenden nach der 38. Aufl., Heidelberg 2022. Es macht wissenschaftlich wenig Freude, dauernd zu prüfen, ob sich in einer Neuauflage die Randnummernzählung geändert hat oder gar eine schöne Randnummer fortgefallen ist (siehe § 18 Fn. 25).

15 Besonders eindrücklich das Schaubild mit den drei konzentrischen Kreisen (von innen nach außen) „Wesensgehalt“, „Grundrechtseinschränkungen (Gesetzesvorbehalt)“. „immanente Grundrechtsschranken (genereller Verfassungsvorbehalt)“ bei *Theodor Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl., München 1959, S. 92: Demgemäß gehöre alles, was den immanenten Schranken widerspricht, „von vorneherein“ nicht zum Grundrecht, es liege also auch kein „echter Eingriff“ vor (S. 93). So auch noch *Theodor Maunz/Reinhold Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl., München 1998, z.B. S. 149, 180 f. (ohne Schaubild). – In der ersten Auflage 1951 fehlt an der entsprechenden Stelle (S. 83) das Schaubild, es gibt dort zum gesamten „Vorbehalt des Gesetzes“ – in Anführungszeichen – nur einen einzigen Satz.

Der Klassiker *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, unterscheidet bei den Grundrechten „Ausgestaltung“ und „Begrenzung“ (Rn. 303–320). Der Begriff „Schutzbereich“ taucht nur ganz beiläufig auf (Rn. 362), ebenso der Begriff „Eingriff“ (z.B. Rn. 422), und beides gewiss nicht systembildend.

16 *Wortlaut*: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

17 Zum Einstieg: *Joachim Lege*, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2002, S. 753–761.

18 Dazu oben § 18 Rn. 95 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Der Sinn: Machtverschiebung

10 Das alte Schema „Schutzbereich – Schranken" betrachtete die Grundrechte gleichsam „von oben", also *objektiv*-rechtlich: Was ist der Inhalt eines Grundrechts, so wie die Verfassung es ihren Rechtsunterworfenen gewährt – und wo sind die Grenzen („Schranken") dieses Rechts? Kurz: Das objektive Recht definiert, was dem Einzelnen subjektiv-rechtlich zusteht.

Demgegenüber betont das Schema „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung" die *subjektiv-rechtliche* Seite: Der „Schutzbereich" ist als zunächst unbeschränkte individuelle Freiheit (vor-)gegeben. Jeder staatliche Eingriff in diese Freiheit muss gerechtfertigt werden. Diesem Zweck dienen die sogenannten Schranken, die ihrerseits ihre Grenze in den salopp so bezeichneten Schranken-Schranken finden.

Einfachstes Beispiel für eine Schranke: der sogenannte einfache Gesetzesvorbehalt[19] („die Schranken dieses Rechts bestimmt der Gesetzgeber"); Beispiel für Schranken-Schranke: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ein Eingriff auf Grund des beschränkenden Gesetzes muss „geeignet – erforderlich – angemessen" sein, s.o. § 15b Rn. 38, 41).

11 Im Vergleich wird somit klar: Das neue, von Pieroth/Schlink eingeführte Prüfungsschema stellt die Grundrechtsdogmatik in einen neuen *Rahmen* („*framing*"), es beeinflusst die *Wahrnehmung* der Grundrechte in einer Weise, die zu einer *Machtverschiebung* führt: Das subjektive Recht ist das Erste, es ist sozusagen der Trumpf, den die Rechteinhaber ausspielen können und den der Staat (oder wer sonst das Recht einschränkt) dann gleichsam „bedienen" muss – und eben nicht immer „übertrumpfen" kann. Nicht etwa „gewährt" der Staat dieses Recht, und es wird erst in einem zweiten Schritt den Einzelnen zugeteilt.

Zum *framing* bei der Wahrnehmung von Problemen unten § 35 Rn. 49. – Das Bild von Rechten als Trümpfen stammt von Ronald Dworkin (1931–2013).[20] – Zu Erstheit, Zweitheit und Drittheit als den Kategorien, die sich in jedem Phänomen zeigen, siehe § 5 Rn. 77–78.

12 Anders gewendet: Wer ein Grundrecht „geltend *macht*",[21] ist nicht Rechts*unterworfener* (wie im alten Obrigkeitsstaat), sondern Rechts*inhaber* – und insofern die *erste* Autorität („*auctoritas*"[22]) des Rechts, noch *vor* dem Staat (Art. 1 Abs. 3 GG)!

---

19 Gegensatz sind die sogenannten qualifizierten Gesetzesvorbehalte, die besondere Anforderungen an das beschränkende Gesetz stellen. Bestes Beispiel ist Art. 11 Abs. 2 GG (Hervorhebung J.L.): „Dieses Recht [auf Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet] darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes *und nur für die Fälle* eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist."

20 *Ronald Dworkin*, Taking Rights Seriously, London etc. 1977, S. XI, XV, 269 (Paperback London etc. 2023, S. 6, 10); deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a.M. 1984, S. 14, 19; dazu *Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, Berlin 1988, S. 93–98; dazu schon oben § 18 3 c.

21 „Geltung" ist die Art und Weise, wie Normen existieren.

22 Zu Hobbes' *auctoritas non veritas facit legem* siehe § 14 Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Die Vorteile und Nachteile

Wir müssen an dieser Stelle nicht entscheiden, welche Sichtweise (!) der Grundrechte die richtige ist. Dies ist eine Frage der Dogmatik, also der Lehre(n) von der rechtlichen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen (§ 10 Rn. 32, § 11 Rn. 8). Wichtig ist lediglich: Die jeweilige Sichtweise der Grundrechte (oder wenn man so will: die jeweils dahinter stehende „Wertung") wird in dem *Prüfungsschema*, mit dem man an den Fall herangeht, gleichsam abgebildet. 13

Allerdings lässt sich dann auch weiter fragen, welches die praktischen Konsequenzen dieser oder jener Prüfungsroutine sind – im einzelnen Fall, aber auch *in the long run* (dazu § 5 Rn. 71). So liegt der Vorteil des Schemas „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung" eben darin, dem Staat bzw. der öffentlichen Gewalt[23] klarzumachen, dass sein bzw. ihr Handeln begründungspflichtig ist.

Ein Nachteil des Schemas könnte freilich die Gefahr eines *Zuviel* an Freiheit sein. 14

> Nebenbei: In Platons „Politeía" gehen alle Staatsverfassungen an einem Zuviel ihres höchsten Gutes zugrunde: die Timokratie an einem Zuviel der Ehre, die Oligarchie an einem Zuviel des Reichtums und die Demokratie an einem Zuviel an Freiheit.[24]

Ein Zuviel an Freiheit würde insbesondere dann drohen, wenn jeder Inhaber eines Grundrechts selbst bestimmen könnte,[25] was noch zu dessen „Schutzbereich" gehört.[26] Gehören Tempelprostitution und Menschenopfer zur Religionsfreiheit (Schulbeispiel) – sicher nicht.[27] Oder das Ausleben von Pädosexualität zur allgemeinen Handlungsfreiheit? Es dürfte klar sein, dass es eine solch grenzenlose Freiheit aller gegen alle nicht geben kann, keine *libertas omnium contra omnes*.[28] Derartige Freiheiten würden sich gegenseitig aufheben.

> Nebenbei: Der Begriff „Schutzbereich" findet sich in keinem einzigen autoritativen Text. Im Grunde handelt es sich ganz schlicht um den *Tatbestand*[29] des jeweiligen Grundrechts.

---

23 Der Begriff „Staat" ist mehrdeutig. Staat im engeren Sinn sind nur Hoheitsträger, die keinen weiteren Hoheitsträger über sich anerkennen (Souveränität, z.B. Bund und Länder); Staat im weiteren Sinn sind auch Hoheitsträger mit, wie man sagt, abgeleiteter Hoheitsgewalt: Städte und Gemeinden, Landkreise, Universitäten, Handwerkskammern, Krankenkassen, Rundfunkanstalten und so weiter.

24 *Platon*, Politeía (meist falsch übersetzt mit „Der Staat", entstanden vor 347 v.Chr.), Buch VIII; besonders klar dort Abschnitt 14, siehe *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 196.

25 Man könnte dies auch Definitionsmacht nennen – und sie kann, wie jede Machtposition, missbraucht werden.

26 Klassische Schrift: *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, Berlin 1987.

27 *Reinhold Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (Loseblatt), Zweitbearbeitung Art. 4 (1966) Rn. 63.

28 Eine Anspielung auf Hobbes' *bellum omnes contra omnes* – den „Krieg aller gegen alle", so wie er im Naturzustand – also einem Zustand ohne Recht – herrscht.

29 Für Nicht-Juristen: Nach gängiger Terminologie bestehen Rechtssätze aus „Tatbestand und Rechtsfolge" (§ 14 Rn. 2–5). Der Tatbestand umschreibt die Voraussetzungen, für die die Regel mit ihren Folgen gilt. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre" (=Tatbestand) „sind frei" (= Rechtsfolge).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Ein neuer Prüfungspunkt „Gewährleistungsbereich"?

15 Daher spricht einiges dafür, im Prüfungsschema der Grundrechte an den Prüfungspunkt „Schutzbereich" einen Prüfungspunkt „Gewährleitungsbereich" anzuschließen: Welche Definition von Freiheit will die Verfassung *gewährleisten* (im ersten Schritt) und erst dann, im zweiten Schritt, auch *schützen*?

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen „Gewährleitungsbereich" in der Tat in einem einzigen Fall[30] einmal geprüft, nämlich im Fall des „Sprayers von Zürich" Harald Naegeli: Es sei zwar unzweifelhaft Kunst, was Naegeli fabriziere:

Bild: Keystone/Alexandra Wey.

30 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, 1293 f. – Hintergrund: „Gewährleistungsbereich" ist ein Prüfungspunkt, den der damalige Richter des Bundesverfassungsgerichts Ernst-Wolfgang Böckenförde gern allgemein in das Grundrechte-Prüfprogramm einführen wollte. Nur kam er beim Gericht an die Grundrechte in aller Regel nicht heran – sein (Zweiter) Senat war für Verfassungsbeschwerden nicht zuständig. Im Fall Naegeli war dies nun wegen der Besonderheit des Falls – es ging um Naegelis Auslieferung an die Schweiz – ausnahmsweise einmal gegeben, und Böckenförde ergriff sogleich die Gelegenheit, allerdings eher zaghaft:

> „Diese Gewährleistung [des Art. 5 Abs. 3 GG] hat das Grundgesetz mit keinem Vorbehalt versehen; ihre Reichweite erstreckt sich aber von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung (sei es im Werk- oder Wirkbereich der Kunst). Überdies enthält das Eigentumsgrundrecht gleichfalls eine Verbürgung von Freiheit; nach den vom Grundgesetz getroffenen Wertungen steht es nicht prinzipiell hinter der Freiheit der Kunst zurück. Gesetze, die eine Eigentumsbeschädigung mit Strafe bedrohen, verstoßen nicht gegen den Sinn dieser Freiheit. In der Bundesrepublik Deutschland wie in der Schweiz kann sich Kunst auch ohne Beschädigung fremden Eigentums entfalten."

Immerhin findet man im Grundrechtslehrbuch von Böckenfördes Schüler Bernhard Schlink und dessen Schüler Ralf Poscher bis heute diesen Fall und einen Prüfpunkt „Umfang der Gewährleistung", allerdings nur bei der Kunstfreiheit, der Wissenschaftsfreiheit, der Presse- und Rundfunkfreiheit und der Versammlungsfreiheit, siehe *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 14), Rn. 853–859, 862–866, 785–788, 792–802, 966; allgemein zum „Gewährleistungsgehalt" der Grundrechte Rn. 305–307.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aber die Kunstfreiheit sei *von vornherein* nicht so weit gewährleistet, dass sie die Inanspruchnahme fremder Hauswände rechtfertigen (!) könne.

Man sieht: Die Rechtfertigungslast wird verschoben.

Dieses Schema würde dem Staat und dem objektiven Recht die *Definitionsmacht* über die Grundrechte zumindest teilweise zurückerobern. (Ich formuliere es einmal bewusst militärisch, denn letztlich geht es – im Hintergrund des Schemas – um Macht: Definitionsmacht.) 16

d) Resümee

Wir müssen, wie gesagt, an dieser Stelle nicht entscheiden, welche Hintergrundvorstellung von Grundrechten die „richtige“ und welches Prüfschema daher „zutreffend“ ist. Was deutlich geworden sein sollte, ist allerdings: Die Schemata haben ihren Sinn – und er liegt nicht allein in ihnen selbst.[31] 17

II. Im Strafrecht: „Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld“

Anders gewendet: Wir möchten in diesem § 23 zeigen, dass „hinter“ den juristischen Schemata immer eine rechtliche *Wirklichkeit* steht – so wie sie nach Ansicht derer, die das Schema verwenden, sein sollte. Daher kann es, wenn die Wirklichkeit kompliziert ist, auch zu Komplikationen mit dem Schema kommen. Die besten Beispiele dafür liefert das Strafrecht. 18

1. Das Grundschema

Im Strafrecht können wir bei der „Aufbereitung des Falls“ – wir sind im Vierten Kapitel -zunächst feststellen, dass sich das Grundschema seit der Antiken Gerichtsrhetorik kaum verändert hat. Wenn die Tatfrage geklärt ist (natürlich immer schon mit Blick auf „die Norm“), dann wurde schon damals geprüft (s.o. § 2 Rn. 10–11): 19

> Wie ist die Tat – jemand kommt mit einer Goldmünze, die ihm nicht gehört, aus dem Tempel – zu *definieren* (*status definitionis*)? Das heißt: Unter den Tatbestand welchen Gesetzes lässt sie sich subsumieren? Hier kommen in Betracht: Diebstahl oder Sakrileg (Schändung eines Heiligtums)? Nachdem man dies geklärt hat, ist weiter zu fragen: Wie ist die Tat zu *bewerten* (*status qualitatis*)? Hat der Täter irrtümlich gemeint, es sei seine eigene Münze? Hat er sie jemandem heimlich weggenommen, der sie vorher ihm gestohlen hatte (Selbsthilfe)? War er aufgrund des Gottesdienstes so aufgewühlt, dass er nicht mehr Herr seiner selbst war? Zeigt er wenigstens Reue?
>
> Dass es schon in der Antike Zuordnungsprobleme gab, haben wir erwähnt.[32]

31 Zur Logik als Sinnzusammenhang, der auf Sinnzusammenhänge verweist: § 24 I; zum Begriff Sinnzusammenhang § 5 II Rn. 40–59.

32 Der Fall (§ 2 Rn. 17): Eine Frau verabreicht ihrem Mann, der sie vielfach misshandelt hatte, einen Liebestrank. Danach verlässt sie ihn, und er bringt sich vor Kummer um. Genau das war ihr Plan. Kann man das (noch) unter den Begriff „Giftmord“ subsumieren? Oder muss man eine Analogie bilden? Und darf man das?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

20 Das heutige Schema der Prüfung von Straftaten behält die Zweiteilung von rechtlicher „Beschreibung" und rechtlicher „Bewertung" in der Tat bei, schaut aber beim *status qualitatis* genauer hin. Es gibt bei der Bewertung erstens Aspekte, die „objektiv" so sehr zu Gunsten des Täters sprechen, dass seine Tat gerechtfertigt erscheint[33] – das beste Beispiel ist Notwehr (mit der Wertentscheidung: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen"). Darüberhinaus gibt es aber zweitens auch „subjektive" Gründe, die dafür sorgen, dass man dem Täter die Tat, so rechtswidrig sie sein mag, gar nicht oder nur in geringerem Maß vorwerfen will (ehemals schönes Beispiel: er leidet unter Kleptomanie oder Pyromanie[34]) – mit der praktischen Konsequenz, dass die Strafbarkeit entfällt oder die Strafe zu mildern[35] ist. „Dahinter" steht vor allem die Vorstellung, dass Strafe nur sein soll, wenn der Täter das Unrecht der Tat einsehen und nach dieser Einsicht handeln kann.

21 Aus all diesen Gründen lautet das **Grobschema** für die Prüfung von Straftaten heute:

- Tatbestandsmäßigkeit (kurz: „Tatbestand")
- Rechtfertigungsgründe (kurz: „Rechtswidrigkeit")
- Entschuldigungsgründe (kurz: „Schuld")

Nebenbei: Es ist in keinerlei autoritativem Text vorgegeben. Man muss es sich aus den §§ 1, 15, 16, 17, 20, 21, 29, 32, 34, 35 StGB (Strafgesetzbuch) zusammenreimen. – Und noch ein Nebenbei: Dies bezieht sich nur auf das sogenannte vorsätzliche Begehungsdelikt. Besonderheiten wie die Strafbarkeit von Unterlassung, Fahrlässigkeit, Versuch, Beteiligung, etc. müssen wir hier außer Acht lassen.

2. Ausdifferenzierungen: Der Täter irrt sich – in verschiedensten Konstellationen

22 Die Dinge werden nun komplexer, wenn man sich etwas intensiver auf die Innenwelt des Täters einlässt, und zwar dann, wenn er sich irrt. Sollte man vielleicht bei Irrtümern über die *Tatsachen* anders urteilen als bei Irrtümern über die *Vorschriften* („Normen")?

Nehmen wir nochmals das Tempelbeispiel: Täter T meint, er habe, so zerstreut, wie er ist, die Münze aus Versehen dort liegen gelassen, und er nehme sie jetzt wieder an sich. Dann ist die Münze nach *seiner* Vorstellung *keine* „fremde bewegliche Sache",[36] die er stehlen könnte. Oder aber: T meint, man dürfe die Münzen, die von anderen Besuchern in das Wasserbecken im Tempel geworfen wurden,[37] herausfischen. Oder: T nimmt die Münze dem Opfer O heimlich weg und geht frohgemut nach Haus, weil

33 Wenn man so will, hat der Täter dann den höheren Trumpf, vgl. Rn. 11.

34 Kleptomanie ist die zwanghafte Sucht zu stehlen, Pyromanie der Zwang, Feuer zu legen (manchmal in der Variante, der erste beim Löschen sein zu wollen). Mittlerweile ist sehr umstritten, ob es diese beiden „schweren anderen seelischen Störungen" (§ 20 StGB) *als solche* wirklich gibt oder ob man sie begrifflich anders fassen sollte, siehe die Nachweise bei *Wolfgang Schild/Benno Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Baden-Baden 2023, § 20 Rn. 103.

35 Zur Strafzumessung oben § 15b Rn. 25–27.

36 § 242 Abs. 1 StGB (Hervorhebung J.L.): „Wer eine *fremde* bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

37 Man denke an den Trevi-Brunnen in Rom.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

er nicht nur glaubt, es sei *seine* Münze, sondern auch, dass er dies *darf*, weil zuvor der O sie ihm weggenommen hatte? Dann irrt er gleich zweimal: Selbsthilfe in dieser Form ist kein anerkannter Rechtfertigungsgrund,[38] und außerdem ist es eben gerade *nicht* seine Münze.

Wie man diese und weitere Fälle zu behandeln hat, ist ein geradezu klassisches Thema aus dem „Strafrecht AT“ (AT wie „Allgemeiner Teil“). Etwas holzschnittartig kann man es auf zwei Fragen „herunterbrechen“. Die erste lautet: Wie halten wir es mit dem **Vorsatz**, also mit dem „Wissen und Wollen“ des Täters?[39] Gehört der Vorsatz („ich wusste doch gar nicht, dass mir die Münze nicht gehört“) zum *Tatbestand* oder zur *Schuld*? Die zweite lautet: Wie halten wir es mit dem **Unrechtsbewusstsein** („ich dachte, ich darf das“)? Gehört dieses mit zum Vorsatz (so die Vorsatztheorie) oder gehört es zur Schuld (so die Schuldtheorie)? 23

Daran schließt sich dann, auf der prüfpraktischen[40] Ebene, die weitere Frage an: Wo bringe ich das „in unserem Schema unter“? Und **dahinter** steht die lebenspraktische Frage: Welche (Rechts-) Folgen hat das Ganze? Gehen wir dies Schritt für Schritt einmal durch:

38 Nach heutigem Recht gilt zwar zunächst **§ 229 BGB** (Bürgerliches Gesetzbuch): „Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt (…), handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.“ Es gilt dann aber auch **§ 230 Abs. 2 BGB**: „Im Falle der Wegnahme von Sachen ist, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen.“ Im Klartext: Die Sache muss gerichtlich geklärt werden. In vielen Milieus ist dies ein wenig weltfremd.

39 Die Formel „Wissen und Wollen“ ist nur eine Kurzfassung. Genau besehen (für rechtsvergleichende Unterstützung aus Österreich danke ich Thomas Mühlbacher) gibt es drei Grade des Vorsatzes: die Absicht (dem Täter kommt es auf den Erfolg an, z.B. auf die Tötung eines Menschen), den direkten Vorsatz (der Täter weiß sicher, dass er einen Menschen töten wird), schließlich den bedingten Vorsatz (der Täter nimmt eine eventuelle Tötung billigend in Kauf – „sei's drum, jedenfalls handle ich“), den man zudem von der bewussten Fahrlässigkeit abgrenzen muss („'s wird schon gutgehen“). Im Einzelnen ist vieles umstritten, siehe *Urs Kindhäuser/Till Zimmermann*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Baden-Baden 2024, §§ 13 und 14.

40 Ich sage bewusst „**prüfpraktisch**“ und nicht „prüfungspraktisch“, denn ich meine *nicht* die vielen (universitären und Staats-) „Prüfungen“, die Juristen ablegen müssen, sondern die **Prüfung eines Falls**, so wie sie das täglich Brot auch ausgewachsener Juristen ist. – Dabei benutzt übrigens auch der **BGH** gelegentlich den **Gutachtenstil**, nämlich dann, wenn er den Fall an die untere Instanz zurückverweist und *diesem* Gericht sagt, was es übersehen und jetzt noch zu prüfen hat:

„a) Die Wegnahme des Mobiltelefons durch die Angeklagte kann **möglicherweise** durch Selbsthilfe gemäß § 229 BGB (…) gerechtfertigt gewesen sein.“

„b) Sollte die Angeklagte das Mobiltelefon durch erlaubte Selbsthilfe (§ 229 BGB) an sich genommen haben, so **könnte** der von ihr gesetzte Messerstich möglicherweise durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt gewesen sein.“

„c) Selbst wenn das Verhalten der Angeklagten nicht durch Notwehr gerechtfertigt gewesen sein sollte, **könnte** sie irrig von den tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrsituation ausgegangen sein (…), einem Verbotsirrtum (…) unterlegen sein oder wegen eines intensiven Notwehrexzesses (§ 33 StGB) ohne Schuld gehandelt haben.“

Instruktiver Fall daher, auch im Hinblick auf die Irrtumslehre: BGH, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2012, 144 – keine Notwehr gegen Selbsthilfe.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Die autoritativen Texte (das Gesetz) zu „Vorsatz" und „Unrechtsbewusstsein"

24 Wir haben gesagt, dass schon das Grobschema „Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld" in keinem autoritativen Text vorgegeben ist. Das Gleiche gilt für die nun anstehenden Verfeinerungen. Allerdings erlaubt der Blick ins Gesetz eine Reihe von Schlussfolgerungen (und natürlich kannte auch der Gesetzgeber „das Schema").

Zunächst zeigt sich, dass das Gesetz **Vorsatz** und **Schuld** *wirklich* unterscheidet. Zum Thema „Vorsatz" heißt es:

> **§ 15 StGB** Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.
>
> **§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB:** Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. (…)

25 Zudem wird das **Unrechtsbewusstsein** offenbar der Kategorie „Schuld" zugeordnet:

> **§ 17 StGB** Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.
>
> Ebenso in den folgenden Vorschriften:
>
> **§ 20 StGB** Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen einer Intelligenzminderung oder einer schweren anderen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.[41]
>
> **§ 21 StGB** Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

b) Folgerungen für das Grundschema

26 Daraus lässt sich nun für das **Grundschema** folgern: Der **Vorsatz** gehört, weil er den Vorwurf der Strafbarkeit gänzlich entfallen lässt, doch besser schon in den „Tatbestand", so dass man dort unterscheiden sollte in (a) „objektiven" und (b) „subjektiven" Tatbestand. Folge: Wenn kein Vorsatz, dann kein Tatbestand – Schluss, aus (Prüfökonomie!). Das **Unrechtsbewusstsein** ist hingegen ein zentrales, wenngleich nicht das einzige Element der Schuldhaftigkeit – so dass, nebenbei, die strenge Vorsatztheorie[42] nicht mehr vertretbar ist.

Ein erweitertes Prüfschema sieht daher wie folgt aus:

---

41 Nebenbei: § 20 StGB ist **sprachlich** mit Wirkung zum 1. Januar 2021 geändert worden. Er lautete zuvor: „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat (…) wegen Schwachsinns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist (…).".

42 Nach dieser Theorie „führt jede Fehlvorstellung, nach der sich die Tat als rechtmäßig darstellt, zum Vorsatzausschluss" (*Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht [Fn. 39], § 29 Rn. 14). – Ein inhaltliches Argument gegen diese Theorie lautet: Sie bevorzugt diejenigen, die aus Egoismus oder sonstigen unehrenhaften Gründen nicht in der Lage sind, ihr Verhalten als Unrecht zu begreifen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Tatbestand
   1. Objektiver Tatbestand (= die Tatbestandsmerkmale des jeweiligen Strafgesetzes)
   2. Subjektiver Tatbestand (= Vorsatz)

II. Rechtswidrigkeit
   Z.B. Notwehr (§ 32 StGB)

III. Schuld
   Z.B. fehlende oder verminderte Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB)
   Z.B. Verbotsirrtum (§ 17 StGB)

Auch dieses erweiterte Schema ist freilich kein Schema, mit dem sich *alle* denkbaren Fälle des Strafrechts oder wenigstens alle Fälle des „vorsätzlichen Begehungsdelikts“ (s.o.) zweifelsfrei lösen ließen. Aber es zeigt einmal mehr, dass die Schemata dem objektiven Recht folgen und ihm nicht etwa vorangehen.

c) Die „Irrtumslehre“ im Einzelnen

Die Schemata haben demgemäß auch eine unangenehme Funktion: Sie zeigen unter Umständen, dass derjenige, der das Schema verwendet, das dahinter stehende objektive Recht nicht oder nicht vollständig verstanden hat. Dazu müssen wir etwas ausholen und auf die oben schon angedeutete strafrechtliche Irrtumslehre[43] zurückkommen: 27

Man kann zunächst ganz leicht *mit dem Gesetz* unterscheiden: 28

a) den **Tatbestandsirrtum** (§ 16 Abs. 1 StGB): „Ich dachte, das ist meine eigene Münze“,

b) den **Verbotsirrtum** (§ 17 StGB): „Ich dachte, man darf die Münzen herausfischen“.

Im ersten Fall entfällt mit dem Vorsatz die Strafbarkeit gänzlich, im zweiten Fall kommt es darauf an, ob der Irrtum zu vermeiden war.

Wie liegt es aber, wenn man sich über das *Vorliegen von Rechtfertigungsgründen* irrt? Hier gibt es zwei oder gar drei Varianten: 29

c) den **Erlaubnisirrtum**: „Ich dachte, Selbsthilfe ist erlaubt“,

d) den **Erlaubnis*tatbestands*irrtum**: „Ich dachte, er will mich angreifen – und habe ihn aus Notwehr niedergeschlagen“,

> Schulfall: Opfer O verwechselt den Täter T mit einem alten Freund und läuft „so wie früher“ ungestüm auf ihn los.[44]

e) den doppelten (nämlich Tatbestands- und Erlaubnis-) Irrtum: „Ich dachte, er hat mir die Münze gestohlen, deshalb darf ich sie ihm jetzt mit Gewalt wieder abnehmen.“

Hier lautet die Lösung nach der h.M. mittlerweile: 30

ad c) Der *Erlaubnisirrtum* ist ein Fall des Verbotsirrtums (§ 17 StGB); wenn der Täter den Irrtum vermeiden konnte, bleibt es also bei der Strafbarkeit.

ad d) Der *Erlaubnistatbestandsirrtum* ist zwar kein Tatbestandsirrtum, aber ebenso zu behandeln (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB analog): Wer *Tatsachen* für gegeben

43 Schöne Darstellung: *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht (Fn. 39), §§ 26–29.

44 Ähnliches Beispiel bei *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht (Fn. 39), § 29 vor Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hält – hier den „Angriff" des O –, die ihn rechtfertigen würden, muss sich nicht fragen lassen, ob er den Irrtum vermeiden konnte. Sein Verhalten ist nicht strafbar – so, als hätte er keinen Vorsatz gehabt („eingeschränkte Schuldtheorie"[45]).

ad e) Beim Doppelirrtum dürfte es wieder auf die Vermeidbarkeit ankommen.

Jedoch ist all dies nach wie vor umstritten, insbesondere beim Erlaubnistatbestandsirrtum.[46]

d) Insbesondere: Wo prüfe ich – im Grundschema – den „Erlaubnistatbestandsirrtum"?

31 Das Schwierige ist nun, dass man je nach „Theorie" den Erlaubnistatbestandsirrtum – also etwa die irrige Annahme einer Notwehrlage – auf allen drei Ebenen des Grundschemas unterbringen könnte:

- Man kann vertreten: Auch dies ist doch eine Frage des (subjektiven) *Tatbestandes* des § 223 StGB (Körperverletzung); Folge: kein Vorsatz.[47]
- Man kann aber auch vertreten: In der Sache ist es eine Sache der *Rechtswidrigkeit*. Jemanden k.o. schlagen bleibt „eigentlich" strafbar, hier ist es aber subjektiv gerechtfertigt (wohl die eleganteste Lösung).[48]
- Oder man kann vertreten: Es ist eine Frage der *Schuld*, dann gibt es zwei Meinungen: Die Strafbarkeit entfällt nur dann, wenn der Irrtum vermeidbar war.[49] Oder aber: Es entfällt auch bei Vermeidbarkeit die „Vorsatzschuld" und mit ihr die Strafbarkeit.[50]

32 Man ahnt schon: In vielen Fällen führen alle drei bis vier Ansichten zu demselben Ergebnis. Nichtsdestoweniger weiß der arme Jurist, insbesondere: der arme Student dann aber immer noch nicht, wo er den „Theorienstreit", den er auswendig gelernt hat, im Grundschema am besten unterbringt. Zumal „am Ende" droht, die höchst scharf-

45 Demgegenüber behandelt die strenge Schuldtheorie ein jedes „Wissen" des Täters, das sich nicht auf den objektiven Unrechtstatbestand bezieht, als ein Problem der Schuld; sie würde also auch hier § 17 StGB anwenden und nach der Vermeidbarkeit des Irrtums fragen.

46 Man unterscheidet im Wesentlichen:
- die strenge Vorsatztheorie (nicht mehr vertretbar),
- die modifizierte Vorsatztheorie,
- die strenge Schuldtheorie,
- die eingeschränkte Schuldtheorie,
- die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand oder auch Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen,
- die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie;

zu allem *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht (Fn. 39), §29 Rn. 11–28. – Kindhäuser/Zimmermann sprechen übrigens vom Erlaubnistat**um**standsirrtum, nicht also Erlaubnistat**be**standsirrtum. Das ist in der Tat **präziser**, entspricht aber nicht der herrschenden Terminologie (selbst in einem von Kindhäuser mitherausgegebenen Kommentar wird die Bezeichnung „Erlaubnistat**be**standsirrtum" verwendet). Ich bleibe deshalb mit leisem Bedauern bei dieser herrschenden Terminologie.

47 § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB in unmittelbarer Anwendung; so die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen oder auch Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand.

48 § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB in analoger Anwendung; so die eingeschränkte Schuldtheorie.

49 § 17 StGB; strenge Schuldtheorie.

50 § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB analog; rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sinnige Argumentation mit der frustrierenden Formel zu krönen: „Da alle Theorien in diesem Fall zu demselben Ergebnis führen, muss der Streit nicht entschieden werden.“

e) Eine prüfpraktische Empfehlung – und eine Warnung

Dringend zu empfehlen ist daher: Man mache sich für sich selbst abschließend klar, welche der drei Lösungen zur „Verortung“ des Erlaubnistatbestands im Grundschema man wählt – und stelle in seinem Gutachten oder auch Urteil den „Theorienstreit“ an eben diesem Ort möglichst knapp dar[51] – am besten mit Hilfe eines **Textbausteins**, den man sich zu Hause selbst erarbeitet hat und den man eben deshalb an den konkreten Fall **anpassen**[52] kann. 33

> Wenn dann herauskommt, dass die anderen Theorien zu demselben Ergebnis kämen – prima. Und wenn sie zu einem anderen Ergebnis kommen – umso besser. Dann kann man nämlich kurz begründen, aus welchen Gründen man sie ablehnt (dazu sogleich unter f).

Im Anschluss muss man dann freilich sehr darauf achten – das ist die Warnung –, **konsequent** zu bleiben. Andernfalls zeigt man, dass man die Gesamtproblematik nicht wirklich verstanden hat. 34

> Wer also im Rahmen der *Rechtswidrigkeit* prüft, dass Täter T davon ausging, es liege eine Notwehrlage vor – das heißt: ein „gegenwärtiger rechtswidriger Angriff“ auf ihn (§ 32 Abs. 2 StGB) – und wer deshalb in analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB die (subjektive) Rechtswidrigkeit verneint, …
>
> … der darf dann nicht etwa im Rahmen der *Schuld* erörtern, ob der Irrtum *vermeidbar* war (böswillige[53] Aufgabensteller legen insoweit manchmal falsche Fährten).[54]

Schemata sind eben auch dazu da, die Folgerichtigkeit des Denkens – und letztlich Handelns – sicherzustellen. (Zur Logik als der Lehre von der Folgerichtigkeit siehe § 4.) 35

f) Hinter dem Schema: die praktischen Konsequenzen

Aber wie verschaffe ich mir nun die nötige **Klarheit** darüber, welche Lösung die „richtige“ ist? Nun, indem ich nach den praktischen Konsequenzen[55] frage, die sich an meine Lösung und die anderen Lösungen knüpfen. 36

Insoweit kann ich mich, was den Erlaubnistatbestandsirrtum angeht, kurz fassen. Die erste praktische Konsequenz betrifft seine **Vermeidbarkeit**. Wer meint, der Täter müsse sich fragen lassen, ob er die Lage habe besser durchschauen können, ist in gewisser Weise fein heraus: Er kann sich rasch zur „Schuld“ durcharbeiten und dort nach § 17

---

51 Ein Muster, für eine Klausur vielleicht etwas zu breit: *Urs Kindhäuser/Kay H. Schumann/Sebastian Lubig/Till Zimmermann*, Klausurtraining Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, S. 224 ff. (226—229).

52 Zur Metapher der Maßkonfektion sogleich unter 3.

53 Vielleicht sind sie aber auch allzu gutwillig und wollen für die weitere Fallbearbeitung bestimmte Abzweigungen verstellen (etwa im Hinblick auf Beteiligte, siehe unter f).

54 Weiteres Beispiel: Wenn man der eingeschränkten Schuldtheorie folgt, darf man nicht im subjektiven Tatbestand (abschließend) den Vorsatz bejaht haben und dann bei der subjektiven Rechtfertigung den Vorsatz wieder verneinen (für den Hinweis danke ich Urs Kindhäuser).

55 Zu dieser Grundeinsicht des Pragmatismus oben § 5 I Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

StGB vorgehen. Allerdings muss er dann begründen, warum er dieser Mindermeinung folgt.

37 Wer die Analogie zu § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB wählt, muss eine praktische Konsequenz bedenken, die wir bisher noch gar nicht angesprochen haben: Wie sieht es aus, wenn sich ein **Dritter** an der ungerechtfertigten Notwehr **beteiligt** – und die Lage dabei durchschaut? Verneint man den *Vorsatz* des Täters T, kann es mangels „Haupttat" keine Beihilfe im Rechtssinn geben.[56] Lässt man hingegen nur die Vorsatz*schuld* entfallen[57], könnte man den Gehilfen wegen Beteiligung an der Haupttat bestrafen.

38 Zu bedenken ist schließlich: Eine Bestrafung wegen **fahrlässiger** Begehung[58] der Tat (z.B. Tötung, Körperverletzung) „bleibt unberührt" (§ 16 Abs. 1 Satz 2 StGB). Wenn also in unserem Beispiel der scheinbar[59] angegriffene T die Harmlosigkeit des Angreifers O bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können, wird er eben doch – wenngleich milder – bestraft (§ 229 statt § 223 StGB).

> Siehe nochmals § 15 StGB: „Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht." – Dies ist allerdings im „Kernstrafrecht" des StGB gar nicht so häufig der Fall.[60]

Wie auch immer: Man bilde sich hierzu eine eigene, abschließende Meinung!

3. Resümee: Schemata erfordern eine Art Maßkonfektion

39 **Methodologisch** dürfte nach allem klar geworden sein: Man muss manchmal sehr genau wissen, wie die rechtliche Wirklichkeit „hinter" dem gängigen Schema aussieht. Mehr noch: Man muss wissen, wie sie nach der eigenen Meinung aussehen *sollte* – und dann muss und kann man das Prüfschema daraufhin „zurechtschneidern". Schemata gleichen insofern, handwerklich betrachtet, der sogenannten **Maßkonfektion** für Be-

---

56 § 27 Abs. 1 StGB: „Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu *dessen vorsätzlich* begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat" (Hervorhebung J.L.).

57 Allerdings sollte man diese logische Inkonsequenz vermeiden („wenn schon § 16 analog, dann wirklich § 16 analog, also: kein Vorsatz") und sich auf eine **dritte praktische Frage** zurückziehen: Hat der Dritte D selbst einen Straftatbestand verwirklicht (und dem Opfer O selbst eins auf die Nase gegeben)? Hat er sich vielleicht sogar des Täters T als eines vorsatzlosen („nicht-dolosen") Werkzeugs bedient (und ihm eine tödliche Waffe in die Hand gedrückt)? Dann sollte man ihn „drankriegen". Sonst nicht.

58 Zur Definition siehe etwa *Martin Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Auflage, München 2023, § 15 Rn. 35: „*Fahrlässig* handelt, wer entweder die Sorgfalt außer acht lässt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist, und deshalb die Tatbestandsverwirklichung nicht erkennt (unbewusste Fahrlässigkeit; …) oder wer die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, dass sie nicht eintreten werde (bewusste Fahrlässigkeit; …)." Allerdings: „Sowohl der genaue Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs wie auch seine Integration in den Deliktsaufbau sind *noch nicht abschließend geklärt* und in Teilbereichen sehr umstritten."

59 Weil es heute nicht mehr allgemein bekannt ist: „scheinbar" bedeutet „nur zum Schein, in Wirklichkeit aber nicht". Demgegenüber „anscheinend": „allem Anschein nach wirklich so". Es macht also einen großen Unterschied, ob man sich scheinbar oder anscheinend gebessert hat.

60 Wenn deshalb „Strafbarkeitslücken" beklagt werden, ist dies nicht mehr als eine *petitio principii* (= es wird zur Begründung angeführt, was zu begründen wäre, hier: die generelle Strafwürdigkeit eines fahrlässigen Erlaubnistatbestandsirrtums). Es verträgt sich auch schwer mit dem Grundgedanken „keine Strafe ohne Gesetz" (*nulla poena sine lege*, ausdrücklich geregelt in § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kleidungsstücke: Zunächst handelt es sich um Massenware, die das geltende Recht und seine Dogmatik so „abbildet", dass man es „am Fall" möglichst schnell und ökonomisch „anwenden" kann. Nichtsdestoweniger müssen die Schemata an jeden Fall und an jedes Problem **angepasst** und gelegentlich – wie beim Erlaubnistatbestandsirrtum – flexibel gehandhabt werden. Hier das richtige Maß zu erkennen – das ist letztlich die große Kunst.

Eben deshalb muss man möglichst gut verstanden haben, wie es „hinter" dem Schema aussieht. 40

Vielen Studenten ist dies zu wenig bewusst, und dies wird durch eine gewisse „Schemata-Industrie" in Repetitorien und Lehrbüchern noch befördert. Aber in den Juristischen Prüfungen soll nicht ermittelt werden, ob die Studenten „Schemata können", sondern ob sie erkennen, wo die rechtlichen, und das heißt: praktischen Probleme liegen. Dass diese Probleme dann in eine geordnete Prüfungsreihenfolge einzubauen sind, dient der Kontrolle (Logik!) und ist eine Herausforderung für sich. Wer daher Schemata nur „herunterbetet", zeigt, dass er nicht verstanden hat, worum es geht. (Das gilt insbesondere, wenn seitenlang Unproblematisches „geprüft" wird.)

Für Nicht-Juristen mag das Beispiel „Erlaubnistatbestandsirrtum" übrigens eine Besonderheit der Strafrechtsdogmatik illustrieren: Sie ist bis zur Haarspalterei differenzierungsfreudig, und die Phantasie beim Ersinnen immer neuer Theorien und Fallgestaltungen ist unerschöpflich. (Die interessantesten Fälle liefert freilich immer noch „das Leben".[61])

III. Die Schemata im Zivilrecht („Anspruch entstanden – Anspruch untergegangen")

Im Zivilrecht ist die Vorherrschaft der Schemata geringer. Vielleicht liegt dies daran, dass der Stoff sehr viel umfangreicher und auch vielgestaltiger ist: Im Sachenrecht, zum Beispiel, herrscht eine ganz andere Atmosphäre als im Schuldrecht. Wohl aus diesem Grund gibt es im Zivilrecht zwei Vorsortierschemata, die im konkreten Fall gar nicht 41

61 Am berühmtesten wohl: BGHSt 35, 347 – „Katzenkönig" (1988) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band, Seite). Die Angeklagte A und der Angeklagte B hatten einem dritten, „leicht beeinflußbaren" Angeklagten C über Jahre weisgemacht, es gebe einen mächtigen mystischen Katzenkönig. Eines Tages ergriffen sie die Gelegenheit, den C zu benutzen, um eine vierte Person X – eine Blumenhändlerin – zu töten, Motiv: Eifersucht. Zu diesem Zweck redeten sie dem C ein, der Katzenkönig verlange ein Menschenopfer, und zwar die X, sonst werde er Millionen Menschen vernichten. C griff die X daher trotz großer Gewissensbisse in ihrem Laden hinterrücks mit einem Messer an, um sie zu töten – was zum Glück nicht gelang.

Besonders *strange* auch der Fall BGHSt 32, 38 – „Sirius" (1983). Dort hatte der Angeklagte Fred seinem Opfer – einer jungen Frau namens Heidrun – weisgemacht, er komme vom Planeten Sirius, und sie könne ihm auf die dort übliche höhere Bewusstseinsstufe folgen, wenn sie ihren Körper verlasse und am Genfer See in einen anderen Körper, der dort bereitliege, einziehe. Zu diesem Zweck solle sie in die mit Wasser gefüllte Badewanne steigen und einen laufenden Fön hineinwerfen. Zuvor hatte Heidrun zu Freds Gunsten eine hohe Lebensversicherung abgeschlossen. Die Aktion schlug wegen eines Erdungsfehlers der Badewanne fehl. Fred wurde wegen versuchten Mordes – mit Heidrun als „Werkzeug gegen sich selbst" verurteilt. – Mehr zu Fred und weiteren haarsträubenden Fällen, in die er verwickelt war: *Rainer Griesbaum/Holger Schmidt*, Neues vom Sirius – das Übersinnliche und die schnöde Habgier, in: NJW 2023, 2833.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

expliziert werden. Vielmehr ordnen sie den Fall und seine Rechtsprobleme erst einmal ganz grob in das System des Zivilrechts ein.

1. Die beiden Vorsortier-Schemata

42 Zum ersten Vorsortier-Schema (mir fällt keine bessere Bezeichnung ein): Im Zivilrecht geht es immer darum, ob es einen Rechtsgrund dafür gibt, dass der eine Private von einem anderen Privaten etwas Bestimmtes verlangen darf. Daher lautet das allererste Schema, das allen weiteren Schemata in Gedanken vorangeht (man kann es eigentlich auch in das Strafrecht und das Öffentliche Recht übertragen[62]):

„Wer – will was – von wem – woraus?"[63]

Einen Schritt weiter ist man schon, wenn man dies zu dem Begriff „Anspruch" kondensiert, den das Gesetz, wie wir schon erwähnt haben, selbst definiert (sogenannte Legaldefinition):

§ 194 Abs. 1 BGB Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

43 Damit zum zweiten Vorsortier-Schema: Weil, wie schon angedeutet, die *Rechtsgründe* für zivilrechtliche Ansprüche sehr *vielgestaltig* sind, lautet das Schema des zweiten Zugriffs auf einen Fall im Groben (es findet sich ähnlich schon in den „Institutionen" des antiken römischen Juristen Caius, also dem Anfängerlehrbuch der damaligen Juristen[64]):

(1) Ansprüche aus Vertrag (z.B. Kauf, Miete, Arbeitsvertrag)
(2) Ansprüche aus vertragsähnlichen Beziehungen („Quasivertrag", z.B. *culpa in contrahendo*[65], Geschäftsführung ohne Auftrag[66])
(3) Sachenrechtliche Ansprüche (z.B. auf Herausgabe einer Sache oder Unterlassung nachbarschaftlichen Lärms)
(4) Deliktische Ansprüche (vor allem § 823 ff. BGB)
(5) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 ff. BGB)

62 Im Strafrecht „will" der Staat mich auf Grund eines Strafgesetzes verurteilen; im Staatsrecht „will" ich den Staat auf Grund meines Grundrechts in die Schranken verweisen; oder eben der Staat „will" mich am Nacktgehen in der Öffentlichkeit hindern.

63 Der Spruch ist uralt und häufig persifliert worden. In meiner Studentenzeit war er als Graffito an das „KG III" (Kollegiengebäude 3) gesprüht, dort war auch das Stehcafé (auch „Café Senkrecht") auf dem Freiburger Universitätsgelände.

64 Inst. 3.13.2 = Institutionen Buch 3 Kapitel XIII Abschnitt 2. Die Institutionen sind das erste Buch des Corpus Iuris Civilis, das ist die Rechtssammlung, die der oströmische Kaiser Justinian hat zusammenstellen lassen und sodann in den Jahren 533/535 mit Gesetzeskraft ausgestattet hat. Leicht zugängliche Ausgabe *Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohsse/Thomas Rüfner*, Corpus Iuris Civilis – Die Institutionen, lateinisch-deutsch, 4. Aufl., Heidelberg 2013. – Genau besehen müsste man die Caius-Institutionen (ca. 160/161) von ihrer Fassung im Corpus Iuris (533) unterscheiden.

65 Das heißt: Verschulden bei den Vertragsverhandlungen; klassisches Beispiel: Kunde K rutscht im Supermarkt auf einem Salatblatt aus und verletzt sich dadurch. Dazu schon oben § 16 Rn. 16.

66 §§ 677 ff. BGB – Bürgerliches Gesetzbuch.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Hinter" diesem Schema steht zunächst einmal die Anerkennung der *Privat-auto-nomie*: Die Privaten haben die Rechtsmacht[67], ihre privat(wirtschaftlich)en Rechtsverhältnisse selbst (*autós*) zu regeln (*nómos* wörtlich: das Gesetz) – im gegenseitigen Einverständnis, versteht sich. Diese Regeln sind autoritative Rechtstexte (zum Begriff § 14 Rn. 22), möglich natürlich auch in mündlicher Form[68], und haben den Vorrang vor gesetzlichen Regelungen. (Es sei denn, natürlich, es handelt sich um zwingendes Recht, zum Beispiel ein Schriftformerfordernis oder das Wucherverbot des § 138 Abs. 2 BGB.) 44

Übrigens erinnert das Schema an die schon von Aristoteles im Rahmen der ausgleichenden Gerechtigkeit vorgenommene Unterscheidung von „freiwilligen" und „unfreiwilligen" Gegenseitigkeitsverhältnissen, grob gesagt: von Vertrag und Delikt (§ 11 Rn. 39).

Allerdings ist dieses Vorsortier-Schema wie schon das erste derart umfassend, dass es keineswegs in jedem Gutachten oder gar in jedem Urteil zu jedem Zivilrechtsfall „heruntergebetet" werden müsste.

2. Das Anspruchsprüfschema

Man muss und darf sich daher – im dritten und endgültigen Zugriff – auf das beschränken, was wirklich relevant ist, also zum Beispiel, wenn es um einen Anspruch auf Schadensersatz geht: 45

A. Anspruch des A gegen den B aus Kaufvertrag (§§ 437, 440 BGB)

B. Anspruch des A gegen den B aus § 823 Abs. 1 BGB (unerlaubte Handlung)

Wenn man auf diese Weise bei den jeweiligen Ansprüchen angekommen ist, ist das weitere Vorgehen letztlich von der Sach-Logik[69] vorgegeben: Der Anspruch muss irgendwann einmal entstanden sein, und er darf danach nicht wieder untergegangen sein. Außerdem hat der Anspruchsgegner unter Umständen die Möglichkeit, die Durchsetzung des Anspruchs durch eine sogenannte Einrede[70] zu verhindern. Daraus ergibt sich das allgemein anerkannte Grobschema: 46

67 Nochmals wenigstens in der Fußnote: die *auctoritas* = Urheberschaft, Autorschaft ist es, die einen Text zum Rechtstext macht.

68 Im BGB nirgends ausdrücklich geregelt; man muss es aus den Sonderregelungen für die Schriftform rückschließen. – Im Verwaltungsrecht sagt § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG ausdrücklich: „Ein Verwaltungsakt kann schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden."

69 Dass es eine Sach-Gerechtigkeit gibt und man sie zu respektieren hat, betont vor allem *Alexander Hollerbach*, Gerechtigkeit und Recht, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon Bd. 2, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1986, Sp. 900.

70 Für Nicht-Juristen: Auf die „Einrede" muss sich der Anspruchsgegner ausdrücklich berufen. Demgegenüber muss das Gericht eine „Einwendung", z.B. die Einwendung der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), wenn deren Voraussetzungen vorliegen, von Amts wegen berücksichtigen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

A. Anspruchsgrundlage (z.B. Kaufvertrag, § 433 BGB[71])

I. Entstehung des Anspruchs
1. Erfüllung der Voraussetzungen (z.B. Vertragsschluss)
2. Keine rechtshindernden Einwendungen (z.B. Geschäftsunfähigkeit)
II. Kein Untergang des Anspruchs (z.B. durch Anfechtung)
III. Durchsetzbarkeit (z.B. keine Einrede der Verjährung)

47 „Hinter" diesen Punkten steckt dann jeweils so viel „Stoff", dass man sich mit dem „Schema an sich" im Zivilrecht deutlich weniger beschäftigt als in den beiden anderen Rechtsgebieten.

Hinzu kommt: Im Ersten Juristischen Examen wird im Zivilrecht, anders als im Öffentlichen Recht, die *Zulässigkeit* einer etwaigen Klage so gut wie nie geprüft.[72] Es geht immer gleich um die materielle Rechtslage – dadurch entfällt sehr viel „Formalkram".

Zu einem „Zulässigkeitsschema" sogleich noch bei Rn. 52 f.

IV. Schlussbemerkungen

48 Wegen der Allgegenwart der „Schemata" in der juristischen Ausbildung sind am Ende ein paar Schlussbemerkungen angebracht. Vieles davon mag auf Selbstverständlichkeiten zielen – zur Selbstvergewisserung der Zunftausbildung erscheint es mir dennoch nötig.

1. Die Schemata sind nicht das geltende Recht – sie repräsentieren („abbilden") es nur

49 Das Wichtigste zuerst: Die Schemata sind nicht das geltende Recht. Das geltende Recht steht allein – oder fast immer allein[73] – in den autoritativen Rechtssätzen (und ihrer Interpretation, versteht sich). Die Schemata versuchen, dieses Recht möglichst benutzerfreundlich wie in einer Checkliste (oder Gebrauchsanleitung) „abzubilden". Allerdings kann sich hinter dem Schema auch eine bestimmte Interpretation des Rechts verbergen (Beispiel: „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung" bei der Grundrechtsprüfung).

---

71 Vorsicht: Hier ergibt sich der Anspruch, z.B. auf Zahlung des Kaufpreises oder auf Übereignung der Kaufsache gerade nicht unmittelbar „aus § 433 Abs. 1 BGB", sondern unmittelbar „aus dem Kaufvertrag (§ 433 BGB)". Das sind die feinen Unterschiede, die man beachten muss, um in der Zunft wirklich dazuzugehören. – Natürlich ist dies letztlich eine Frage der Ästhetik, s.u. § 31; berühmtes Werk: *Pierre Bourdieu*, Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft (französisch: *La distinction. Critique sociale du jugement*. 1979), Frankfurt a.M. 1982 (der Titel ist ausnahmsweise einmal sehr treffend ins Deutsche übertragen worden); sehr hübsch S. 515: „Vor allem aber kennt der Autodidakt, dieses Opfer seines Mangels an schulisch verbrieftem Wissen, nicht das von den Diplomen verliehene Recht, nicht Bescheid zu wissen (…)."

72 Viele Studenten sind erst einmal überrascht, wenn man ihnen sagt, dass das, was sie nur aus dem Öffentlichen Recht kennen, in der „Praxis" auch des Zivilprozesses geprüft werden muss.

73 Ausnahme: Gewohnheitsrecht, zum Beispiel das Hausrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Schemata sind niemals perfekt

Schemata passen niemals auf alle denkbaren Fälle. Das erwähnte Grundrechtsprüfungsschema zum Beispiel versagt schon dann, wenn es einmal nicht um Eingriffsabwehr geht, sondern um eine der anderen „Grundrechtsfunktionen" (Schutzpflichten, Teilhaberechte etc.). Bei der Geltung der Grundrechte im Privatrecht (sog. Drittwirkung) führt es vielleicht sogar in die Irre.[74] 50

Zu einer weiteren Nicht-Perfektheit siehe das Beispiel des Erlaubnistatbestandsirrtums (oben Rn. 29–32).

Das Ganze wird auch nicht besser durch eine immer detailliertere Ausgestaltung der Schemata. Man muss z.B. in einer Grundrechtsprüfung unter dem Punkt „I. Schutzbereich" nicht notwendig weiter differenzieren in „1. Subjektiver Schutzbereich" und „2. Objektiver Schutzbereich". Es reicht zu prüfen, was im Gesetz steht[75]: „1. Deutscher", „2. Berufsfreiheit". Allzu ausdifferenzierte Schemata bergen hingegen Gefahr, den Blick auf das Wesentliche zu verstellen – und auch schlicht Zeit zu verlieren.[76]

3. Die meisten Schemata kann man sich selbst erarbeiten

Bis auf gewisse Grundschemata, die „so nicht im Gesetz stehen" (Beispiele soeben unter I bis III) kann man sich alle sonstigen Prüfungsschemata ohne große Mühe ad hoc am konkreten Fall entwickeln. Mit anderen Worten: *Man braucht nicht für jede Straftat ein eigenes Schema, das man auswendig lernen müsste!* Es steht doch im Gesetz, was zu prüfen ist! Und nur ganz ausnahmsweise muss man wissen, dass noch etwas hinzukommt, etwa die berühmte „Vermögensverfügung" beim Betrug (§ 263 StGB). 51

Anders gewendet: Zu viele Schemata machen es nicht leichter, ganz im Gegenteil.

---

74 Es ist daher nicht nur von Vorteil, wenn das Lehrbuch von *Pieroth/Schlink*, jetzt *Kingreen/Poscher* (Fn. 14) die einzelnen Grundrechte stets nach diesem Schema abhandelt. Mich hat daher das variablere *framing* im Lehrbuch von *Gerrit Manssen* (Staatsrecht II – Grundrechte) mehr überzeugt (mittlerweile 19. Auflage, München 2022), und auch weitere Lehrbücher hängen nicht sklavisch an diesem Aufbau. Immerhin bieten *Kingreen/Poscher* nunmehr zwei Varianten des Schemas an (Rn. 489 f.).

Für ein von vornherein differenziertes Herangehen an die Grundrechtsprüfung: *Claus Dieter Classen*, Staatsrecht II – Grundrechte, München 2018, § 4 Rn. 59–63. Dogmatisches Pendant: von vornherein klare Trennung von Abwehrrecht und Schutzpflicht bei *Christoph Enders*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Stand 2018, Vorbemerkung vor Art. 1 Rn. 62, und dann durchgehend, insbesondere „Abwehrfunktion und Übermaßverbot" (Rn. 94 ff.) gegenüber „Schutzfunktion und Untermaßverbot" (Rn. 129 ff.).

75 Natürlich steht im Gesetz nicht „Deutscher", sondern „Alle Deutschen", und auch nicht „Berufsfreiheit", sondern: „haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetze oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden". Aber bei der Interpretation kommt es auf den *Sinn* an, und der kann auf verschiedene Weise ausgedrückt und dem praktischen Kontext – hier dem Prüfschema – angepasst werden.

76 Siehe speziell zum Strafrecht *Otto Lagodny*, Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl., Heidelberg etc. 2012, S. 186–188.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Schemata sollen die Arbeit erleichtern

52 Es gibt bessere und schlechtere Schemata. Beispiel für ein *besseres* Schema ist eine in Anlehnung an Friedrich Schoch[77] entwickelte Methode für die Zulässigkeitsprüfung im Verwaltungsprozess. Statt nämlich, wie in manchen Anleitungen vorgeschlagen, die zehn bis zwölf Zulässigkeitsvoraussetzungen eines gerichtlichen Verfahrens auf ein und derselben Gliederungsebene aufzulisten, differenziert dieses Schema wie folgt:

I. Rechtsweg
II. Statthafte Klageart
III. Klageartspezifischen Voraussetzungen
  – z.B. Klagebefugnis
  – z.B. Feststellungsinteresse
  – z.B. Klagegegner
  – z.B. Vorverfahren
IV. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen
  1. Zuständiges Gericht
  2. Beteiligtenbezogene Voraussetzungen
  3. Form und Frist
V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

53 Durch diese Aufgliederung in zwei Ebenen wird zum einen das Gehirn entlastet – das Gehirn kann nämlich nicht mehr als 7 *items* (*plus or minus two*) gleichzeitig auf dem Schirm haben.[78] Zum anderen hilft das Schema aber auch, logische Fehler zu vermeiden. Oft prüfen Studenten nämlich die „Beteiligungsfähigkeit", bevor sie überhaupt wissen, gegen wen die Klage zu richten ist („richtiger Klagegegner" oder auch Beklagter). Folgt man dem hier gefeierten[79] Schema, kann dies nicht passieren: Der Klagegegner[80] wird unter III ermittelt, dessen Beteiligungsfähigkeit[81] unter IV 2 geprüft.

---

77 *Friedrich Schoch*, Übungen im Öffentlichen Recht II – Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, Berlin etc. 1992, Reprint 2021.

78 *George A. Miller*, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in: Psychological Review 63 (1956), 81–97. Eben deshalb muss man, wenn mehr als plus/minus sieben Informationen auf einen einstürmen, diese Informationen neu gruppieren zu „*fewer chunks with more bits per chunk*" – hier also zu den *chunks* I bis V.

79 Ob es die jungen Leute heute wohl so ausdrücken würden (dass man einer Sache sehr deutlich zustimmt)? Wenn ich den Ausdruck unkommentiert verwenden würde, wäre es sicherlich *cringe* (= Jugendwort des Jahres 2021).

80 Vorschriften dazu enthält z.B. betreffend die Anfechtungsklage § 78 Abs. 1 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung): „Die Klage ist zu richten 1. gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat; zur Bezeichnung des Beklagten genügt die Angabe der Behörde, 2. sofern das Landesrecht dies bestimmt, gegen die Behörde selbst, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat." – Zugegeben, das ist reichlich „Formalkram".

81 Vorschriften dazu enthält § 62 Abs. 1 VwGO: „Fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen sind 1. die nach bürgerlichem Recht Geschäftsfähigen, 2. die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, soweit sie durch Vorschriften des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt sind." Und Absatz 3: „Für Vereinigungen sowie für Behörden handeln ihre gesetzlichen Vertreter und Vorstände."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aber Vorsicht! Das gerade Gesagte geht nur dann zwanglos auf, wenn die Fallfrage lautet: Kann der X erfolgreich Klage erheben? Wenn er schon Klage erhoben hat, wird es komplizierter. So sind die „Allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen" vorzuziehen (ist der Kläger überhaupt prozessfähig? hat er Form und Frist gewahrt?), am besten aber erst nach Feststellung der Klageart (weil davon die örtliche Zuständigkeit des Gerichts abhängt, § 52 VwGO). Und wenn der falsche Klagegegner verklagt wurde, zum Beispiel die Gemeinde statt des zuständigen Landkreises, bleibt die Klage zulässig, sie ist aber unbegründet (fehlende „Passivlegitimation").

Ich würde allerdings keinem Studenten einen Strick daraus drehen, wenn er hier ein wenig stolpert. Sogar in der einschlägigen Praktiker- und Ausbildungsliteratur werden die verwaltungsgerichtlichen Aufbauschemata nur als „Arbeitshilfen" verkauft,[82] nicht etwa als (rechtlich bindende) Vorschrift.

5. Schemata „verdienen ebenso geachtet wie verachtet zu werden"

Dies ist ein Zitat von Hegel, bei ihm gemünzt auf die öffentliche Meinung (insbesondere die Presse).[83] Man muss es nicht weiter erläutern. 54

Nun gut. Schemata sind in einer Massenkommunikation, wie es das Recht nun einmal ist, unentbehrlich: als Verständigungsgrundlage und auch als Kontrollinstrument. Außerdem dienen sie der Idee nach offensichtlich dazu, jedem Fall in allen denkbaren Varianten gerecht zu werden.

Aber man darf sie nicht überbewerten. Sie sind nicht schon das geltende Recht.

Vielleicht doch noch eines zum Abschluss: Die Prüfschemata erbringen im Hinblick auf die *Rechts*fragen eines Falls dieselbe Übersetzungsleistung, die bei der *Tat*frage die Relationstechnik erbringt. 55

Das darf man dann doch nicht verachten.

82 *Roland Kintz*, Öffentliches Recht im Assessorexamen. Klausurtypen, wiederkehrende Probleme und Formulierungshilfen, 10¨Aufl., München 2018, § 80 Rn. 895–901.

83 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (Fn. 9), § 318.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 24 Der Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen

1 Wir können an dieser Stelle den ersten Hauptstrang der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) wieder aufgreifen: die These, dass es nur eine einzige Juristische Methode gibt und dass diese aus „Logik, Logik, Logik" besteht – und Interpretation (§§ 3 bis 12). Wir wollen sie nun vertiefen, indem wir innerhalb des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, § 8) den **Fall** genauer betrachten. Die These soll dabei lauten: Der Fall ist die Schnittstelle – *die* Schnittstelle –, in der die vielen „Welten", mit denen es das Recht zu tun hat, aufeinandertreffen.[1] Wir wollen diese „Welten" mit Bedacht Sinnzusammenhänge nennen (siehe § 5 Rn. 40–59).

2 Ein ganz wesentlicher Sinnzusammenhang ist natürlich die Welt der Alltagserfahrung, und das (relativ) Neue in ihr hat zu jeder Zeit einen besonderen Reiz. Beispielsweise haben im 19. Jahrhundert Metaphern von „Energie" (Elektrizität!) Eingang in die Lehren vom Rechtsgeschäft gefunden.[2] Und seit Computer zum Alltag gehören, ergibt die Metapher „Schnittstelle"[3] auch im Recht – und damit auch in der NJML – einen Sinn.

Zur Definition des Begriffs Sinn siehe unten Rn. 10.

Zum zweiten Hauptstrang der NJML – Ästhetik als letzter Halt – siehe den Vierten Teil und schon hier unter Rn. 24–27.

I. Die Logik als Sinnzusammenhang, der auf Sinnzusammenhänge verweist

3 Der zentrale Sinnzusammenhang der juristischen Methode ist die Logik (verstanden als *working logic*) – und zwar gerade weil sie auf andere Sinnzusammenhänge verweist. Wir wollen uns dies noch einmal in fünf Schritten vergegenwärtigen.

(1) Logik entfaltet ihren Sinn – Herstellung von Folgerichtigkeit – letztlich in *Schlussfolgerungen*. Diese Schlussfolgerungen liefern eine mehr oder weniger zwingende *Begründung* (§ 5 III) für das, „was am Ende herauskommt".

Je nachdem, wie zwingend der Schluss ist, unterscheidet man Deduktionen, Induktionen und Abduktionen (§ 6).

(2) Derartige Schlussfolgerungen bestehen aus drei Elementen: *Regel – Fall – Resultat*.

An dieser Dreiteilung hangelt sich der gesamte Dritte Teil der NJML entlang (siehe § 13) – und wir befinden uns gerade in seinem Zentrum, nämlich in Kapitel 4: „Die Aufbereitung des *Falls*".

---

1 Siehe zu *Wittgensteins* Aphorismus „Die Welt ist alles, was der Fall ist" unten Rn. 8.

2 *Daniel Damler*, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, S. 152–191.

3 „Schnittstelle" hat verschiedene Bedeutungen, der Laie kennt Schnittstellen als den Teil eines Geräts, über den dieses mit anderen Geräten verbunden werden kann, z.B. der Computer mit dem Drucker (https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/schnittstelle-44838 <04.02.2024>).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3) Allerdings zeichnen sich all diese drei Elemente – Regel, Fall, Resultat – durch eine *Doppeldeutigkeit* aus (bildlich kann man auch sagen: „Janusköpfigkeit“[4]).

Das bedeutet: Sie entfalten ihren Sinn zum einen auf der (von mir so bezeichneten) *formalen* Seite der Logik, also gemäß den „logischen Gesetzen“, die darüber entscheiden, ob eine Schlussfolgerung, genauer: ob der in ihr enthaltene Syllogismus *formal* folgerichtig ist oder nicht. Zum anderen entfalten Regel, Fall und Resultat ihren Sinn auf der (von mir so bezeichneten) *materialen* Seite der Logik, also gemäß den Gesetzmäßigkeiten „da draußen“, die wir mit Hilfe der Logik erschließen können. Allerdings können wir uns dabei durchaus irren: 4

Regel ./. Alle Hühner haben zwei Beine.
Fall ./. Sokrates ist ein Huhn.
Resultat ./. Sokrates hat zwei Beine.

Das Charmante an dieser Schlussfolgerung: Sie ist sowohl auf der formalen Seite „richtig“, das heißt formal zwingend („deduktiv“), das Schema (vgl. § 23) lautet, wie schon dargelegt (§ 5 Rn. 107):

M a P
S a M
S a P

Die Schlussfolgerung ist aber auch auf der materialen Seite insoweit „richtig“, als die *Regel* und das *Resultat* wahr sind. Und doch ist der **Fall** ganz eindeutig **falsch**: Sokrates ist – wir unterstellen: ganz offensichtlich – ein Mensch.

Im Anschluss an § 6 Rn. 40–42 können wir sagen: Der Syllogismus wäre, interpretiert (!) als Schluss von Regel und Resultat auf den Fall, eine *qualifizierende Induktion* – oder für Juristen: ein **Subsumtions**schluss:

Regel ./. Alle Hühner haben zwei Beine.
Resultat ./. Sokrates hat zwei Beine.
Fall ./. Sokrates ist ein Huhn.

Und es würde sich zeigen: Wir haben uns in der Sache („material“) geirrt.

(4) Ganz ebenso kann man nun auch im Recht dazu kommen, dass ein formal gültiger Schluss in materialer Hinsicht als „falsch“ empfunden (!)[5] wird. Um eines unserer Standardbeispiele zu wiederholen (§ 3, § 6 Rn. 62–64):

Regel ./. Wer einen Menschen heimtückisch tötet, gehört lebenslang ins Zuchthaus.
Fall ./. A hat Frau und Tochter heimtückisch getötet.
Resultat ./. A gehört lebenslang ins Zuchthaus.

4 Janus ist der römische Gott des Ein- und Ausgangs (daher der Januar). Er hat statt des Hinterkopfes ein zweites Gesicht, das nach hinten schaut. Ganz ebenso blicken Regel, Fall und Resultat immer in (mindestens) zwei Richtungen.

5 Dies verweist natürlich auf die Ästhetik des Rechts, dazu unten Kapitel 6; auch *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 688–696, versteht die Methodenlehre zu einem guten Teil als „Wahrnehmungslehre“ (und Erkenntniskritik). – Ästhetik ist, in ihrem ursprünglichen Sinn, die Lehre von der Wahrnehmung (die dem bewussten Denken vorausgeht, es aber auch begleitet und – idealerweise mit einem Gefühl der Zufriedenheit – beschließt).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Eben nicht", hat der BGH gemeint, weil der A sie doch geliebt hat und ihnen Schande ersparen wollte. (Folglich hat der BGH den Begriff „Heimtücke" neu interpretiert.)

5 (5) Die Beispiele zeigen: Jede Schlussfolgerung, die Aussagen über Inhalte trifft, verbindet mehrere Sinnzusammenhänge miteinander: den Sinnzusammenhang der Logik selbst und die Sinnzusammenhänge „da draußen", von denen wir annehmen: *Es gibt sie* – und zwar unabhängig von der formalen Seite der Logik.

Allerdings *vermuten* wir, dass es dort so etwas wie eine „Sachlogik" gibt, die wir mit Hilfe der Logik erschließen (!) können – also nicht *reine* Willkür, nicht *reiner* Zufall. Weder ist es willkürlich, ein Huhn ein Huhn zu nennen (und einen Menschen einen Menschen). Noch ist es Zufall, dass Sokrates, so wie er vor uns steht, ganz einfach kein Huhn ist.

II. Die Sinnzusammenhänge des Rechtsfalls

6 Vor diesem Hintergrund können wir relativ kurz auflisten, welche Sinnzusammenhänge in jedem Rechtsfall „zusammenkommen":

1. Der Sinnzusammenhang des Rechts

7 Über den Sinnzusammenhang des Rechts müssen wir an dieser Stelle nicht viel sagen. Er besteht, wie im Verlauf dieser Untersuchung wohl deutlich geworden ist, nicht nur aus den „Gesetzen" (so naiv dürfte heute kaum noch jemand sein). Auch ist das „Rechtssystem" mehr als die Summe der Menschen, die sich professionell mit dem Recht befassen. Das Recht als Sinnzusammenhang besteht vielmehr vor allem aus autoritativen Texten, insbesondere Regeln, und ihrer Interpretation durch die „Rechtsgenossen" – wenn es Juristen sind, nennt man es gern Dogmatik (vgl. § 10 Rn. 32, § 11 Rn. 8, aber auch § 14 Rn. 2 und 22–27). Eine besonders wichtige Rolle spielen dabei die kompetenziellen und verfahrensrechtlichen Regeln: Es ist eben die *Autorschaft*, die eine Regel (oder auch einen Einzelakt) zu einem *Rechts*akt macht (*auctoritas non veritas facit legem*[6]).

Eine Kompetenzregel (!) ist es zum Beispiel, dass Privatleute ihre Rechtsbeziehungen „privat" regeln können, also durch frei auszuhandelnde Verträge.

Vor allem anderen aber ist es die juristische *Methode*, die rechtlichen Sinn, so wie wir ihn verstehen, stiftet.

Und dies seit der antiken Gerichtsrhetorik (§ 2).

2. Die Sinnzusammenhänge „da draußen"

8 Die „außerrechtlichen" Sinnzusammenhänge, die in einem Rechtsfall eine Rolle spielen können, sind natürlich so zahlreich wie „alles, was es in der Welt gibt".

6 *Thomas Hobbes*, Leviathan (1651), Chapter 26; deutsch: Leviathan, 10. Aufl., Frankfurt a.M. 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wittgenstein hat einmal gesagt (Hervorhebung J.L.): „Die *Welt* ist alles, was der Fall ist."[7] In umgekehrter Perspektive kann man sagen: „Im *Fall* kommt alle Welt zusammen."[8]

Wir wollen ohne Anspruch auf Vollständigkeit die folgenden SINNZUSAMMENHÄNGE[9] hervorheben:

a) Sinnzusammenhänge der Natur („naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten")

Mit einer gewissen metaphysischen Kühnheit kann man sagen: Es gibt zuallererst die SINNZUSAMMENHÄNGE der *Natur* – die wir zwar mit Hilfe der Logik aufdecken können, die aber irgendwie schon „da sein" müssen, *bevor* wir mit Hilfe der Logik an sie herangehen. Anders gewendet: Sie sind unabhängig von uns und unserem Denken. Die Planeten „gehorchen" offenbar den Gesetzen der Gravitation, und unser Planet Erde geht gerade, was das Klima angeht, seinen eigenen naturgesetzlichen Weg. 9

Ich folge also nicht der Terminologie Luhmanns, gemäß der es SINN nur in psychischen und sozialen Systemen gibt.[10] SINN (in unserem Sinn) sind also auch die „naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten", und zwar *als solche* (oder *an sich*), als „reale Wirkkräfte" – auch wenn wir sie nicht unmittelbar erkennen, sondern nur vermuten können.

b) Definition des Begriffs Sinn

Vielmehr möchte ich SINN wie folgt definieren (endlich!): 10

„SINN ist, wenn"[11] etwas für etwas anderes *Bedeutung* hat, das heißt: wenn es einen *Unterschied* macht. Es macht für die Erde einen Unterschied, wenn der CO_2-Gehalt in ihrer Atmosphäre zunimmt.

Klarstellen muss ich dabei freilich, dass das die Formel „Unterschied, der einen Unterschied macht" (*a difference that makes a difference*) woanders als Definition für den

7 *Ludwig Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus (1922), Frankfurt a.M. 1963, Ziffer 1 (erster Satz).

8 Oder auch: „Der Fall ist das, wo alle Welt zusammenkommt."

9 Etwas metaphorischer kann man statt von einem SINNZUSAMMENHANG auch von einem „Geflecht" sprechen, so etwa *Joachim Lege*, Rechtsbegriffe. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifR) 1 (2006), S. 1–16 (10–12).

10 *Claudio Baraldi*, Artikel „Sinn", in: Claudio Baraldi/Giancarlo Corsi/Elena Esposito, GLU – Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1999, S. 170–173 (171).

11 Diese Art des Definierens – „... ist, wenn ..." – entspricht natürlich nicht der klassischen Definitionslehre (vgl. § 15a Rn. 13–18), sie beschränkt sich aber auch nicht auf eine rein extensionale (§ 15a Abschnitt II), gar immer wieder neue „Definition" des Begriffs (man denke an die schlicht gezeichneten, aber sehr erfolgreichen „Liebe ist, wenn ..."-Cartoons von *Kim Casali* [1941–1997] in den 1970er Jahren). Letztlich beschreibt man hier mit dem „wenn" einen Tatbestand, der als Rechtsfolge den Begriff „Sinn" ergibt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Begriff „Information" verwendet wird.[12] Und natürlich hat sie ihren Ursprung in der Philosophie des Amerikanischen Pragmatismus (§ 5 Rn. 21).

c) Soziale Sinnzusammenhänge (Dresscodes, Funktionssysteme, ...)

11 Ganz unproblematisch dürfte die Rede von Sinnzusammenhängen in Bereich des *Sozialen* sein. Das Soziale ist geradezu Ursprung und Produkt von Sinn zugleich: Erst durch Sinn entsteht Gemeinsamkeit, und erst *Gemeinsamkeit* erzeugt Sinn (man nennt dies daher: Kommunikation[13]). Zwei Fremde treffen aufeinander (bei John Locke [1632–1704] etwa ein Schweizer und ein Indianer im damaligen Amerika[14]) – wie finden sie heraus, ob sie Freund oder Feind sind? Ob sie einander bekämpfen müssen oder mit-einander Handel treiben können?[15]

Soziale Sinnzusammenhänge sind demnach etwa ein Dresscode oder Benimmregeln, es sind zwischenmenschliche Beziehungen wie Freundschaft oder Liebe, es sind die Normen der Berufswelt und natürlich auch die großen Funktionssysteme[16] der Moderne (Recht, Wirtschaft, Wissenschaft, Politik, etc.). Und vieles mehr.

Schönes Beispiel aus der Diskussion um die Willensfreiheit angesichts der Neurowissenschaften („sind unsere Handlungen nicht in Wahrheit von Hirnvorgängen definiert?"): Wenn Sie auf einen Zettel ein „X" schreiben, ist es nicht Ihr Gehirn, das Philipp Amthor in den Bundestag „wählt". Es ist aber auch nicht ein isolierter „Wille" oder „Entschluss", der zuvor das Gehirn in Bewegung setzt (woher soll er kommen?).[17] Vielleicht kann man sagen: Die Wahl ist eine Entscheidung, ein Urteil (*arbitrium*)[18], das uns die vielen Algorithmen, die wir in unseren vielen sozialen Sinnzusammenhängen gespeichert haben, auf die Frage „Was soll ich tun?" ausspucken – und erst danach wird uns die Entscheidung bewusst.[19] In gewisser Weise „denkt es eben uns" mehr, als dass wir es sind, die denken (§ 3 Rn. 33-34, § 9 Rn. 16).

---

12 Formulierung von *Gregory Bateson*, Steps to an Ecology of Mind (1972), deutsch: Ökologie des Geistes, Frankfurt a.M. 1985, S. 582 (übrigens mit Bezug auf Ästhetik und Kants Kritik der Urteilskraft); auch S. 488 f.

13 Von lateinisch *communis* = gemeinsam.

14 *John Locke*, Second Treatise of Government (1690), deutsch: Über die Regierung, Stuttgart 1983, Kapitel 2 Abschnitt 14.

15 Zu dieser Frage auch *David Graeber*, Dept. The First 5,000 Years (2011), deutsch: Schulden. Die ersten 5000 Jahre, Stuttgart 2012, S. 36–40 (36) und öfter: „nur eine Handbreit trennt den Handel von der Kriegführung".

16 Im Sinn der Luhmannschen Systemtheorie; einführend dazu *Joachim Lege*, Niklas Luhmann und das Recht. Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft, in: Christina Gansel (Hrsg.), Zu Aspekten der Systemtheorie in den Fachwissenschaften, Göttingen 2011, S. 33–51.

17 Beispiel (ohne Amthor, versteht sich) bei *Grischa Merkel*, Die Neurowissenschaften und das Konzept verantwortlicher Urheberschaft, in: Wolfgang Walkowiak (Hrsg.), Chancen und Grenzen der Hirnforschung heute, Berlin 2017, S. 159-178 (163), die aber mehr als hier den Akzent auf die *sprachlich*-soziale Interpretation setzt.

18 Man beachte, dass die bekannten Werke zur „Willensfreiheit" (*Augustinus*, *Martin Luther*, *Erasmus von Rotterdam*) gar nicht von Willen (*voluntas*), sondern vom Urteil, von der Entscheidung sprechen: „*De libero arbitrio*", „*De servo arbitrio*".

19 Strafrechtlich wird man also überlegen müssen, wieviel Verantwortung wir selbst für unsere Sozialisation tragen sollten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Geistige Sinnzusammenhänge (Fakt und Fiktion, Wahrheit und Lüge)

12 Gleichsam abgehoben von diesem Sozialen wird man aber auch im Bereich des Geistigen von Sinnzusammenhängen sprechen dürfen. Es gibt geistige Konstrukte, die genauso unabhängig von dem sind, was Sie oder ich oder unsere *community* denken, wie die Natur es ist. Es sind die Welten der Bücher, der **Geschichten**, der „Narrative", die in gewisser Weise „als solche" objektiv und „wirklich" sind (weil sie auf uns „wirken").

Karl Raimund Popper (1902–1994) nennt es „Welt 3", im Gegensatz zur physikalischen „Welt 1" und der „Welt 2" unserer psychischen Erlebnisse.[20]

13 Allerdings muss man bei diesen geistigen Sinnzusammenhängen mit Nachdruck darauf bestehen: Sie können mit der „wirklichen Wirklichkeit" der Natur oder des Sozialen auf zwei Weisen verbunden sein. Entweder erheben sie den Anspruch, mit der realen Welt „nicht wirklich" etwas zu tun zu haben – dann handelt es sich um eine Fiktion, einen Roman, eine Serie im Fernsehen[21] oder bei Netflix, ein Spiel. Oder sie *haben* etwas damit zu tun, dann behaupten sie einen Fakt, und die Aussage über diesen Fakt kann wahr oder falsch sein. Wenn sie bewusst falsch ist, ist es eine Lüge.

Es liegt auf der Hand, dass diese Auseinandersetzung mit geistigen Sinnzusammenhängen in Rechtsfällen oft die entscheidende Rolle spielt. Hat der Zeuge gelogen? Stimmt die Theorie, die wir uns über den Sachverhalt oder über eine Rechtsfrage zurechtgelegt haben? Kann sich der Unfall wirklich so zugetragen haben? Oder hat man ihn bloß inszeniert (Versicherungsbetrug)?

Nebenbei: „Fakt" heißt eigentlich „Gemachtes" (von lateinisch *facere*). Ein Fakt ist also nicht schon die rohe Tatsache „da draußen", sondern erst das, was wir dafür halten! – „Fiktion" kommt von lateinisch *fingere*, das bedeutet „formen, gestalten, bilden".

3. Die Sinnzusammenhänge der Vermittlung („Medien")

14 Eine dritte Art von Sinnzusammenhängen sorgt schließlich dafür, dass der Sinnzusammenhang des Rechts und die Sinnzusammenhänge „da draußen" nicht „unvermittelt" nebeneinander stehen. Salopp formuliert: Das Recht steht *immer schon vermittelt* in der Welt, wenn es sich – in einem konkreten Fall – mit ihr befasst.

Eben deshalb ist die verbreitete Vorstellung von einer „Kluft" zwischen dem Recht und der Wirklichkeit Unsinn. (Man denke auch nochmals an Kelsens Midas-Metapher.[22])

---

20 *Karl Raimund Popper*, Objective Knowlegde (1972), deutsch: Objektive Erkenntnis, 4. Aufl., Hamburg 1984, S. 75, 109–126, 161, 168 f. und öfter.

21 Eine solche Serie kann dann durchaus zum Ausgangspunkt einer fachphilosophischen „Theorie der Befreiung" werden (so der Titel des Opus magnum von *Christoph Menke*, erschienen Frankfurt 2023). Dass die Serie „Breaking Bad" den Einstieg in den Drogenhandel „feiert", ist einem biederen Juristen natürlich suspekt.

22 *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, Nachdruck 1992, S. 282: „In dieser Hinsicht gleicht das Recht dem König Midas. So wie alles, was dieser berührte, sich in Gold verwandelte, so nimmt alles, worauf sich das Recht bezieht, Rechtscharakter an." Allerdings ist Midas deshalb verhungert.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aber wie „kommuniziert" das Recht mit der „Welt" da draußen? Nun, mit Hilfe von Sinnzusammenhängen, die eben dies ermöglichen. (Wenn man will, mag man sie „Medien" nennen – lateinisch *medium* ist die Mitte).

a) Logik

15 Den für das Recht wichtigsten Sinnzusammenhang haben wir nicht nur vielfach erwähnt, er ist vielmehr geradezu Hauptakteur dieses Buches: die Logik – verstanden als das Medium, das *Folgerichtigkeit des Handelns* ermöglicht. Und Folgerichtigkeit des Handelns ist genau das, was das Recht garantieren soll: Gleichbehandlung und Orientierungsgewissheit.

Oder wenn man es eine Ebene höher ansiedeln will: Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.

Die „Janusköpfigkeit" der Logik haben wir oben schon erwähnt. In Anlehnung an Luhmann könnte man die Logik auch als eine *strukturelle Kopplung* des Sinnzusammenhangs „Denken" mit dem Sinnzusammenhang „Handeln" bezeichnen – Handeln in den vielen Sinnzusammenhängen der Welt.

b) Sprache

16 Logik allein reicht aber nicht aus – sie normiert nur die *Form* des Schlussfolgerns. Die *Inhalte* der Welt „da draußen" – genauer: die Sinnzusammenhänge „da draußen" – kommen „in" das Recht hingegen durch das Medium „Sprache" – in gewisser Weise ist dies der Sinnzusammenhang, der *alle* Sinnzusammenhänge umfasst (auch die Logik!). Es ist daher kein Wunder, dass das Thema „Recht und Sprache" in den Juristischen Methodenlehren und in der Rechtstheorie durchaus traktiert wird. Manchmal werden aber oberflächliche Schlüsse gezogen.

So wird häufig behauptet, die Unschärfe juristischer Begriffe liege daran, dass man sie in einer natürlichen Sprache formulieren muss. Das ist Unsinn. Wenn man die Wendung „Treu und Glauben" durch das Zeichen „ ≈ " oder „Plopp" ersetzen würde, bliebe das, was gemeint ist, genauso unscharf. (*Alle* Zeichen sind mehr oder weniger unscharf – genauer: ihre Bedeutung, ihr Sinn; denn Sinn weist immer über sich hinaus; wenn ich den Fall X „abscheulich" finde, wird es mir im Fall Y, der genauso liegt, genauso ergehen.)

aa) Alltagssprache, Rechtssprache, Fachsprachen

17 Genau besehen kommen vielmehr in einem Rechtsfall – wir untersuchen ja gerade die Art, wie er aufbereitet wird – verschiedene Spielarten von Sprache zusammen: die Alltagssprache, die Fachsprache des Rechts, andere Fachsprachen. Es liegt dann auf der Hand: Wenn das Recht den „Akteuren" außerhalb seiner eigenen Sprachwelt gerecht werden will, muss es immer wieder deren Sprachwelten in die eigene Sprachwelt **übersetzen**[23] – und umgekehrt. In der Terminologie der NJML: Der Sinnzusammenhang der *Rechtssprache* muss mit Hilfe des Sinnzusammenhangs der *Alltagssprache*

23 *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 5), Rn. 697–699, versteht die Juristische Methodenlehre daher – unter anderem – auch als „Übersetzungslehre".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kompatibel gemacht werden mit dem Sinnzusammenhang derjenigen Sprache, die im konkreten Fall „da draußen" verwendet wird (etwa im Wirtschaftsleben oder in einer „Rockerclique"[24]).

18 Anwälte unterscheiden daher gelegentlich „Juristendeutsch" vom „Mandantendeutsch" (und gute Ärzte das „Medizinerdeutsch" vom „Patientendeutsch").

Nicht-Juristen wundern sich gelegentlich über manche rechtliche Formulierung, z.B. über das Wort „besorgen" in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).[25] Auf der anderen Seite kann es passieren, dass man als Jurist beim besten Willen nicht herausbekommt, was der Mandant eigentlich will und wo sein Problem liegt.

Sehr merkwürdig ist bisweilen die gerichtliche Würdigung der Sprache von Akteuren in den sogenannten sozialen Medien. Ist es eine strafbare „Beleidigung" (§ 185 Strafgesetzbuch – StGB), also eine „Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung" (so die juristische Definition[26]), wenn eine Politikerin im Internet als „Schlampe" und „Pädophilen-Trulla" bezeichnet wird? Wie konnte man daran zweifeln![27]

All dies dürfte den meisten Juristen mehr oder weniger bewusst sein.

bb) Das Spiel mit verschiedenen Sprachen: „Gefahr" und „Risiko"

19 Ebenfalls wird den meisten Juristen wenigstens unbewusst klar sein,[28] dass sie bei der „Anwendung" ihrer Rechtssprache „auf" einen konkreten Fall auch ihre *eigene* Sprache mehr oder weniger umformen. Etwas gestelzter formuliert: Die juristische Semantik[29] unterliegt in ihrer Auseinandersetzung mit anderen Semantiken einem ständigen Wandel und entwickelt sich ständig fort.

Der juristische Begriff „Gewalt" – zum Beispiel bei Sitzblockaden (§ 8, § 9 Rn. 18–20, § 10 Rn. 28 und öfter) – wird auch in Auseinandersetzung mit der Alltagssprache gebildet.

Und man bringt dies im Schema der vier Kanones der Auslegung (§ 15d Rn. 2) gut in der Rubrik „Wortlaut" unter.

---

24 Wie man in den 1970er Jahren sagte, vgl. *Udo Lindenberg*, Cowboy Rocker, auf der Langspielplatte „Ball Pompös", 1974.

25 Wortlaut des § 1004 Abs. 1 BGB: „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen."

26 *Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf*, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2022, § 185 Rn. 4; *Karsten Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 185 Rn. 3, fügt noch „Geringschätzung" hinzu.

27 So mit Recht BVerfG (Bundesverfassungsgericht), Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2021 - BvR 1073/20 - Fall Künast (zitiert nach bverfg.de <03.07.2023>).

28 Ist unbewusste Klarheit möglich? Ja: wenn man weiß, was man tun wird, aber nicht genau weiß, warum. Hier: bei der „Subsumtion" mal diese, mal jene Sprachwelt heranziehen, um dieses oder jenes Ergebnis zu begründen.

29 „Semantik" ist ein Begriff aus der Semiotik (Wissenschaft von den Zeichen); Semantik ist dort die Lehre von den Beziehungen der Zeichen zu den Objekten, die sie bezeichnen, Syntaktik die Lehre von den Beziehungen der Zeichen untereinander, Pragmatik die Lehre von den Beziehungen der Zeichen zu ihren Interpreten. Klassiker: *Charles William Morris*, Foundations of the Theory of Signs (1938), deutsch: Grundlagen der Zeichentheorie, München 1972, S. 23–25.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

20 Weniger bewusst dürfte vielen Juristen sein – und diejenigen, denen es bewusst ist, werden es ungern offenlegen –, dass bei dieser Fortbildung der Rechtssprache gelegentlich trickreich mit verschiedenen Sprachen gespielt wird, ja dass sie vermengt werden. Das vielleicht beste Beispiel hierfür sind die Begriffe „Gefahr" und „Risiko" im Atomrecht. Hier hätte es nahegelegen, an die Fachsprache der deskriptiven Wissenschaften anzuknüpfen. Stattdessen hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einem Fall, der die Genehmigung eines Atomkraftwerks betraf – „Kalkar I" – die *Alltags*sprache herangezogen, und dies wohl gerade wegen deren Ungenauigkeit.[30] Das Gericht hat, grob skizziert, diese Lehre entwickelt:

Angesichts der Schutzpflicht des Staates für das Grundrecht seiner Bürger auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)

- hat der Staat erstens *Gefahren*, die von der Atomkraft ausgehen, abzuwehren,
- muss er zweitens gegen denkbare *Risiken* die nötige Vorsorge zu treffen,
- darf er drittens ein eventuelles *Restrisiko*, das außerhalb der jetzigen Vorstellungen liegt, der Gesellschaft zumuten.[31]

21 Dies klingt (klingt!) so, als wäre „Risiko" weniger als „Gefahr", anders gewendet: ein *Minus* zur Gefahr – und so klingt es offenbar auch in der Alltagssprache. In Wahrheit ist „Risiko" ein *Aliud*, es ist etwas *völlig anderes*:

- Eine **Gefahr** ist die objektive Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden eintritt – sagen wir: dass ein Schiff gekapert wird.
- Ein **Risiko** ist das *Handeln* (Tun oder Unterlassen) angesichts einer Gefahr („Wagnis"), genauer: die *Bewertung eines Handelns im Angesicht einer Gefahr*. Wie hoch ist das Risiko – und als Gegenbewertung die Chance[32] –, wenn wir trotz der Kapergefahr nach Südamerika fahren, um von dort Gold nach Spanien zu bringen? Wie hoch wäre der Verlust bei Kaperung, wie hoch der Gewinn, wenn wir heil durchkommen? Das kann man berechnen, und so sind Versicherungen entstanden.[33]

22 Kurz: Es kann durchaus sehr hohe „Risiken" geben und auf der anderen Seite sehr geringe „Gefahren" (Verlust des Schiffs vor Kuba durch Kollision mit einem Eisberg). Im Atomrecht klang (!) es aber offenbar besser, mit Hilfe der Alltagssprache die emotionale Wertung zu triggern: „Risiko" – das ist ja nicht so schlimm, weil weniger als eine „Gefahr".

---

30 Zum Folgenden BVerfGE 49, 89 (137–143) – Kalkar I (1978) (= Entscheidungen der Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]). Das Gericht räumt selbst ein (S. 138), dass es nicht „näherhin zur Auslegung der einzelnen Grundsätze und Begriffe Stellung genommen" habe.

31 Originaltext BVerfGE 49, 89 (143): „Ungewißheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft haben ihre Ursache in den Grenzen des menschlichen Erkenntnisvermögens; sie sind unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen. Bei der gegenwärtigen Ausgestaltung des Atomrechts läßt sich insoweit eine Verletzung von Schutzpflichten durch den Gesetzgeber nicht feststellen."

32 Vielleicht ist dies der entscheidende Gesichtspunkt: Beim Begriff „Risiko" wird mitgedacht, dass die Sache auch gut ausgehen könnte („Chance"), beim Begriff „Gefahr" ist dies nicht der Fall. Und eben wegen dieser Konnotation – man kann auch sagen: wegen dieses *framings* (unten § 35 Rn. 49) – scheint ein „Risiko" weniger zu sein als eine Gefahr.

33 Zum Vorangegangenen insgesamt *Joachim Lege*, Die Zurechnung neuer Risiken im Technik- und Umweltrecht, in: Matthias Kaufmann/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt a.M. 2004, S. 173–189, insbesondere S. 176 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nebenbei: Dass auch ein mathematisch sehr kleines Risiko nichts darüber aussagt, wen es konkret trifft (Schiff, Impfschaden) oder wann genau ein atomarer Unfall eintritt, hat sich schon acht Jahre nach der Kalkar-Entscheidung (1978) in Tschernobyl[34] gezeigt (1986).

cc) Sprache als Träger von Emotion

Das Beispiel verdeutlicht: Juristen müssen sich darüber im Klaren sein, dass der Sinnzusammenhang Sprache – man kann auch sagen: die Sprache als Medium – nicht nur dazu da ist, dem Sinnzusammenhang „Logik" ganz einfach „Tatsachen" zu vermitteln. Sprache „transportiert" diese Inhalte vielmehr immer auch dergestalt, dass man sie ohne Logik oder besser: *neben* der Logik auf einer weiteren Ebene „versteht", also etwa konsumiert oder genießt. 23

Man denke an ein Gedicht.

Kurz: Sprache hat immer auch eine emotionale Dimension. Sie hat immer auch einen „Klang", der über eine bloße Beschreibung hinausgeht.[35]

c) Ästhetik

Damit sind wir bei einem Sinnzusammenhang, der in den Juristischen Methodenlehren und überhaupt in der Jurisprudenz selten angesprochen wird: Ästhetik. 24

Was damit gemeint ist, lässt sich im ersten Zugriff am Sinnzusammenhang „Kunst" zeigen – ich bin versucht zu schreiben: was immer das sein mag. Und ich bin versucht, spontan zu antworten: Kunst ist das, was nicht allein mit Gründen erschlossen und expliziert werden kann (vgl. § 5 III), sondern in seiner künstlerischen Wirkung unmittelbar *wahrgenommen* wird.

Man kann nicht *sagen*, warum ein Bild schön ist oder eine Musik gelungen – jedenfalls nicht so, wie man sagen kann, dass der A den B getötet hat und deshalb ins Gefängnis muss.

Dass „Kunst" in verschiedenen Gesellschaften unterschiedlich verstanden wird, sei bereits hier erwähnt. Das höfische Fest hat den Sinn, dass die Musiker und Dichter den Fürsten und seine Welt verherrlichen.[36] Es hat nicht den Sinn, zweckfreie Kunst hervorzubringen.

---

34 Am 26. April 1986 kam es im Atomkraftwerk Tschernobyl in der Ukraine (damals Teil der Sowjetunion) zur Explosion eines Reaktors und dadurch zu einem erheblichen Austritt radioaktiver Stoffe.

35 Zum Beispiel haben wir schon mehrfach den Begriff „Konnotation" erwähnt: das ist das, was in einem Begriff „mitschwingt" – sagen wir im Begriff „Heimat" oder „Rationalität". Dies kann bei verschiedenen Menschen durchaus verschieden sein.

36 Siehe etwa *Richard Alewyn/Karl Sälzle*, Das große Welttheater. Die Epoche der höfischen Feste, Hamburg 1959; *Roy Strong*, Feste der Renaissance 1450–1650. Kunst als Instrument der Macht, Freiburg i. Br. etc. 1991; knapp (ursprünglich in der Neuen Zürcher Zeitung): *Richard Alewyn*, Feste des Barock, in: Walther Hubatsch (Hrsg.) Absolutismus, Darmstadt 1973, S. 238–247; aus neuerer Zeit *Ingrid Sammler*, Höfische Festkultur im Zeitalter Ludwigs XIV., Frankfurt a.M. 2009; erstaunlicherweise nichts beim Klassiker *Norbert Elias*, Die höfische Gesellschaft. Untersuchungen zur Soziologie des Königtums und der höfischen Gesellschaft (1969), 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1999.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

25 Ästhetik ist daher im ursprünglichen Sinn des Wortes gar nicht die Lehre vom Schönen, sondern die Lehre von der – zunächst unbewussten – *Wahrnehmung* (altgriechisch *aísthēsis*) der „Welt". Sie handelt, mit anderen Worten, von dem Bereich, der uns die *Daten* liefert, aus dem die Sprache und die Logik Fakten (oder Fiktionen) machen – lateinisch *datum* ist das Gegebene (*dare* = geben). Noch anders gesagt: Ästhetik ist die Lehre von demjenigen Sinnzusammenhang, der den Übergang vom Unbewussten zum Bewussten strukturiert.

In diesem Sinn hat Kant nicht etwa Hören und Sehen, sondern Raum und Zeit als die beiden „reinen Formen" der Wahrnehmung verstanden.[37]

26 Oder noch anders formuliert: Ästhetik ist der Sinnzusammenhang, in dem die „ersten Prädikate" (§ 5 Rn. 34–36) entstehen:

„… ist blau",
„… ist zu Boden gefallen",
„… ist schön",
„… ist abscheulich",
„… ist ein armer Hund".

Die herkömmlichen Methodenlehren würden natürlich sagen: Dies ist der Bereich der – letztlich moralischen – „Wertung".

27 Entscheidend für die NJML ist hingegen: Gerade angesichts dessen, dass man in Rechtsfragen sehr unterschiedliche „Wertungen" haben kann – man denke an die Rechte von Frauen in verschiedenen Kulturkreisen –, ist der letzte Halt für so etwas wie rechtliche und juristische „Richtigkeit" nicht die Logik, auch nicht etwa „die" Ethik (welche denn?). Letzter Halt ist vielmehr die **Ästhetik des Rechts und der Jurisprudenz**, so wie wir diese beiden verstehen: als eine „Kunst", die Wertungen nachvollziehbar macht und darauf beruhende Entscheidungen mehr oder weniger „gelungen" sein (oder erscheinen?) lässt (Vierter Teil, §§ 30 bis 34).

Die große Schwierigkeit besteht allerdings darin, dass man diese Ästhetik nicht restlos explizieren kann – man muss sie gewissermaßen „leben". Man muss, wenn man mit dem Recht professionell zu tun haben will, nicht nur Jura studiert haben, nein, man muss „Jurist werden" (siehe § 24b Rn. 45, 52). Ganz ebenso muss aber auch jeder, der dem Recht als Laie unterworfen ist, dessen Spielregeln akzeptieren – sei es nun aus Furcht vor Sanktionen (Kant würde dies „Legalität" nennen[38]), sei es aus *Achtung* vor dem Recht (man könnte dies „Juridizität" nennen[39]).

Wenn es denn ein Recht ist, dass diese Achtung verdient.

Wir werden auf all dies im Vierten Teil, Kapitel 6, ausführlich zurückkommen.

37 *Immanuel Kant* in der „Transzendentalen Ästhetik" der KrV (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787).

38 *Immanuel Kant*, MdS, Einleitung, B 15 (Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl., Königsberg 1798, S. 15; „A" wäre die erste Auflage); zitiert nach: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VIII, Frankfurt a.M. 1977.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Die menschliche Psyche/Persönlichkeit

28 Ein letzter und entscheidender Sinnzusammenhang für die Vermittlung des Sinnzusammenhangs „Recht" mit den Sinnzusammenhängen „da draußen" ist schließlich das „psychische System" der *Menschen*, die mit dem Recht zu tun haben, sei es nun als Laie oder professionell. Es ist *dieser* Sinnzusammenhang, der das Recht gleichsam mit Leben erfüllt, und dies ist Fluch und Segen zugleich: Segen, weil auf diese Weise individuelle, menschliche Wertungen Eingang in das Recht finden, und Fluch, weil der Sinnzusammenhang bei jeder menschlichen „Seele" ein anderer ist. Wie soll dann aber so etwas wie „Gerechtigkeit für alle" entstehen? Die Antwort lautet: von Fall zu Fall mit Hilfe der juristischen Methode – die wir freilich gar nicht anders anwenden *können* als vor unserem individuell-subjektiven Hintergrund.

Zur Terminologie: Den Terminus „psychisches System" verwendet Niklas Luhmann (1927–1998), und er meint damit unser gesamtes Innenleben (Intellekt und Gefühle), offenbar aber nur, soweit es *bewusst* operiert.[40] Demgegenüber umfasst die „Psyche" bei Sigmund Freud (1856–1939) gerade auch das Unbewusste („Es" und „Über-Ich"),[41] und bei Kant ist die „Seele" vor allem unsterblich.[42] Die NJML versteht unter „Seele" oder „Psyche" schlicht die unbewiesene Abstraktion, dass jeder gesunde Mensch auch „mental" eine Einheit oder Ganzheit ist.[43] Die moderne Psychologie (die sich ja als eher exakte Naturwissenschaft versteht) nennt es „Persönlichkeit".[44]

29 Natürlich sind dies keine ganz neuen Erkenntnisse. In den Juristische Methodenlehren der Nachkriegszeit hat man allerdings versucht, dieses Problem auf eine eher objektive Ebene zu heben: auf die Ebene der philosophischen Hermeneutik, für die vor allem der Name Hans-Georg Gadamer (1900–2002) steht. Geradezu Programm war dabei der Titel des bekanntesten Werks: „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung" (1970) des Tübinger Zivilrechtlers Josef Esser (1910–1999).[45] Esser hat hervorgehoben, dass ein Verständnis von was auch immer ohne ein gewisses Vor-Verständnis, an das jenes anknüpfen kann, gar nicht möglich ist. Aufgegriffen wurde auch das Bild des hermeneutischen Zirkels, demgemäß das Ergebnis eines Verstehensprozesses gleichsam an seinen Ausgangspunkt zurückkehrt: Ja, das war es, was wir wissen wollten.

---

39 Dies ist wohl immer noch besser als „Zivilität", so noch *Joachim Lege*, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478 (467 f.).

40 *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 92: Psychische Systeme operieren in einem „Bewusstseinszusammenhang", soziale System in einem „Kommunikationszusammenhang"; Genaueres zu psychischen Systemen S. 346–376.

41 *Sigmund Freud*, Das Ich und das Es, Leipzig etc. 1923.

42 *Immanuel Kant*, KpV A 219–222 (Kritik der praktischen Vernunft, 1. Aufl., Riga 1788, S. 219–222), zitiert nach: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

43 Das ist wohl auch der Witz bei dem Titel des Bestsellers von *Richard David Precht*, Wer bin ich – und wenn ja, wie viele?, München 2007.

44 Lehrbuch: *Franz J. Neyer/Jens B. Asendorpf*, Psychologie der Persönlichkeit, 7. Aufl., Berlin etc. 2024.

45 Untertitel: „Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Genial die Formulierung von Alexander Hollerbach: Die „Sehweise: vom Einzelnen zum Ganzen und wieder zurück" sie sei „eine Art in sich zurückschwingende Induktion".[46]

Hollerbach hat zudem betont, dass zu einer Hermeneutik des Rechts eine „Sachverhalts- oder Fallhermeneutik" hinzukommen muss,[47] also ein Sich-hinein-denken und Sich-hinein-fühlen in die vielen Sinnzusammenhänge „da draußen" (§ 24a I).

30 Die NJML will hingegen die Subjektivität der Juristen weder als einen Mangel begreifen, der uns am Erkennen des objektiv Richtigen hindert, noch als eine Chance, in das stets defizitäre Recht die richtigen Wertungen hineinzutransportieren. Vielmehr ist jeder Jurist, in seiner Persönlichkeit, ein einzigartiger Sinnzusammenhang – gemeinsam mit vielen, vielen anderen. *Nothing more pretentious.*

Und natürlich ist er mit diesen vielen, vielen anderen Persönlichkeiten vor allem anderen durch den gemeinsamen Sinnzusammenhang „juristische Methode" verbunden.

Wir werden auf die *biases* (kognitiven Verzerrungen) der Wahrnehmung, die daraus entstehen, zurückkommen (Kapitel 6) – und vielleicht erkennen, worin ihre Vernunft besteht.

III. Die Kommunikation zwischen den Sinnzusammenhängen

31 Der **Fall**, so haben wir gesagt, ist die **Schnittstelle**, in der die vielen Sinnzusammenhänge, mit denen es das Recht zu tun hat, „aufeinandertreffen". Genau besehen ist das Wesen von Schnittstellen nun, rein technisch gesehen, die Ermöglichung von **Kommunikation**: Der Computer *kommuniziert* mit dem Drucker über die entsprechende Schnittstelle.[48] Wie funktioniert diese Kommunikation nun aber in einem Rechtsfall?

Nebenbei: Der englische Ausdruck für Schnittstelle – *interface*, wörtlich Zwischengesicht – passt recht gut mit der „Janusköpfigkeit"[49] des Falls zusammen.

Wir wollen dies zunächst sehr speziell im Hinblick auf die „Tatfrage" untersuchen, also auf die Ermittlung und Darstellung – das ist besser als: die Konstruktion – des *Sachverhalts*, der der rechtlichen Entscheidung zu Grunde gelegt werden soll (§ 24a). Sodann werden wir eher unspezifisch und allgemein fragen, welche Kommunikationen mit welchen Sinnzusammenhängen bei der Entscheidungsfindung „sonst noch" eine Rolle spielen können. Dabei werden wir uns auch einen Exkurs zur Juristenausbildung erlauben (§ 24b Rn. 43–53).

46 *Alexander Hollerbach*, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 85 (1960), 241–270 (255); wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, 107–133 (120).

47 *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Spalte 758; wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94.

48 Siehe oben bei und in Fn. 3.

49 Siehe oben bei und in Fn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 24a Insbesondere: Die Ermittlung und Darstellung des Sachverhalts

Im **Fall**, so hatten wir in Anlehnung an Wittgenstein gesagt, kommt alle Welt zusammen. Und wir hatten genauer gesehen, dass dies nicht lediglich *zwei* Arten von Welt sind – nicht nur „die Welt und ich" –, sondern gleich *drei*: erstens der Sinnzusammenhang des Rechts, zweitens die Sinnzusammenhänge außerhalb des Rechts (Habermas würde sagen: die „Lebenswelt"); drittens schließlich die Sinnzusammenhänge der Vermittlung, unter denen das „Ich", genauer: mein psychisches System, nur einer unter anderen ist – neben der Logik, der Sprache, der Kunst, der Religion, der Ästhetik. 1

Und manchmal auch neben dem Schweigen.[1]

Was bedeutet dies nun für die Ermittlung des Sachverhalts?

I. Die Sinnzusammenhänge „da draußen" verstehen („Sachverhaltshermeneutik")

So platt es klingt: Ein Großteil, ja der oft größte Teil der juristischen Arbeit besteht darin, die Sinnzusammenhänge „da draußen" erst einmal **wirklich zu verstehen**. Das ist zugleich der Grund, warum die juristische Arbeit nicht langweilig wird (es sei denn, man versauert auf einem Posten mit wenig Abwechslung). Juristen müssen sich immer wieder in völlig fremde „Lebenswelten" hineindenken – in mehr oder weniger krumme Bankgeschäfte, in den Umwelt–, Natur– und Klimaschutz, in das Krankenhauswesen, das Bauingenieurwesen, in die Usancen im Sport und im Drogenhandel, in die Fragen politischer Machtspielchen und so weiter und so fort. 2

1. Die Regeln „da draußen"

In all diesen Bereichen muss man zunächst einmal verstehen, „wie sie funktionieren", genauer: nach welchen **Regeln**. Dazu gibt es – so platt es erneut klingt – kein Patentrezept. 3

Bereits erwähnt habe ich, dass Ernst–Wolfgang Böckenförde (1930–2019), als er Verfassungsrichter geworden war, einmal sagte: „Was meinen Sie, wie lange wir manchmal brauchen, um zu verstehen, was Sache ist?"

Wichtig: Diese Regeln „da draußen" können, auch wenn wir sie verstanden haben, nicht „eins zu eins" in den rechtlichen Diskurs übernommen werden. Wir müssen sie, mit anderen Worten, nicht nur uns selbst erklären und auch nicht nur den unmittelbar am Fall Beteiligten. Vielmehr muss die Darstellung auch für andere Juristen „anschlussfähig" sein – und möglichst sogar für interessierte „Laien" (auch

1 Auch hier ein berühmt-passender Wittgenstein: „Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen" (Tractatus logico-philosophicus [1922], Frankfurt a.M. 1963, Ziffer 7 [letzter Satz]).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sie sind ja dem Recht unterworfen[2]). Kurz: Wir müssen **übersetzen**,[3] Juristen sind auch in dieser Hinsicht „Interpreten"[4].

2. Die Interessen

4 Hinzu kommt: In jedem Rechtsfall geht es um die verschiedensten **Interessen** der Beteiligten. Insofern ist es häufig gar nicht leicht zu ermitteln, was diese Beteiligten „wirklich wollen". Oft wissen sie es selbst nicht so genau, oft werden auch die wirklichen Interessen nicht offengelegt. Und natürlich schlägt dies auch auf ihre Darstellung der Regeln durch.

„Interesse" will ich mit Philipp Heck (1858–1943) sehr weit definieren: als „Begehrungsdispositionen" aller denkbaren Art, z.B. materiale, ideale, nationale, ethische Interessen sei es Privater, sei es aber auch des Gemeinwesens.[5]

Hecks „Begehrungsdisposition" ist gleichsam die Innensicht von Kelsens These, dass jedes Sollen auf einem Wollen beruht.

Auch hier gilt: Zunächst einmal muss man versuchen, die Interessen zu *verstehen* – und kann sich dessen letztlich nie sicher sein. (Zumal die wahren Interessen manchmal nicht aufgedeckt werden.)

Zur „doppelten Kontingenz" bei Luhmann schon § 10 Rn. 31.

3. Der Sachverhalt als Geschichte (story)

5 Es gibt allerdings eine sehr gute Kontrolle, ob das Verstehen „geklappt" hat: Juristen sind – sei es als Anwalt, als Richter, als Verwaltungsbeamter, sogar als „Gesetzgeber" – immer wieder gezwungen, zunächst einmal „den Sachverhalt" zu schildern, ihn zu

2 Siehe daher die Kritik an einer abgehobenen Juristensprache bei *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, § 215: „Die Gesetze so hoch aufhängen, wie *Dionysios der Tyrann* tat, daß sie kein Bürger lesen konnte, – oder aber sie in den weitläufigen Apparat von gelehrten Büchern, Sammlungen von Dezisionen abweichender Urteile und Meinungen, Gewohnheiten usf. und noch dazu in einer fremden Sprache vergraben, so daß die Kenntnis des geltenden Rechts nur denen zugänglich ist, die sich gelehrt darauf legen, – ist ein und dasselbe Unrecht." Und es folgt ein Lob verständlicher Kodifikationen: „Die Regenten, welche ihren Völkern, wenn auch nur eine unförmliche Sammlung, wie Justinian, noch mehr aber ein *Landrecht*, als geordnetes und bestimmtes Gesetzbuch, gegeben haben, sind nicht nur die größten Wohltäter derselben geworden und mit Dank dafür von ihnen gepriesen worden, sondern sie haben damit einen großen *Akt der Gerechtigkeit* exerziert."

3 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 697–699, versteht daher auch die Juristische Methodenlehre – unter anderem – als „Übersetzungslehre".

4 Englisch *interpreter* ist bekanntlich der Übersetzer.

5 *Philipp Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung (1912), hrsg. und redigiert von Roland Dubischar, Bad Homburg v. d. Höhe 1968, S. 33; *Philipp Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), § 4, ebendort, S. 151–154; ausführlich dazu *Heinrich Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001, S. 80–84. – Heck ist der wichtigste Vertreter der sogenannten Interessenjurisprudenz.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erzählen, bevor es an die rechtliche Bewertung geht.[6] Man merkt dann schon selbst, ob man etwas nicht verstanden hat – oder der Leser merkt es.

Die meisten Referendare machen daher die Erfahrung, dass es jedenfalls zu Anfang sehr viel schwieriger ist, einen guten (schlüssigen, „schönen") **Sachbericht** („Tatbestand"[7]) zu schreiben, als gute Entscheidungsgründe. Wie man solche Entscheidungsgründe aufbaut und durchzieht, das hat man anhand von Schemata gründlich gelernt (§ 23). Im Fall als „Lebenssachverhalt" hingegen „kommt *alle* Welt zusammen" (letztlich in der Alltagssprache, s.o. § 24 Rn. 17–22) – und deshalb muss man immer wieder neu dazulernen.

Dass die Schilderung des Sachverhalts in einem gerichtlichen Urteil völlig missverständlich als „Tatbestand" bezeichnet wird (§ 313 ZPO – Zivilprozessordnung), haben wir schon erwähnt.

Methodisch kann man für die **Darstellung** des Sachverhalts (also den Sachbericht) folgenden Tipp geben: Jeder Rechtsfall, so haben es schon die Römer erkannt, bezieht sich auf *personae* – *res* – *actiones*,[8] also auf Personen – Gegenstände (wörtlich „Sachen") – Rechtsverhältnisse[9] (insbesondere Ansprüche). Der Tipp lautet daher: Beginnen Sie beim Sachbericht mit demjenigen „Eckpunkt", der für den Fall am wichtigsten ist, also etwa 6

- Der Beschwerdeführer ist ein Metzger mit türkischer Staatsangehörigkeit (*persona*).
- Der Rechtsstreit geht im Kern um die Frage, ob es Betrug ist, wenn bei Kraftfahrzeugen die Angabe zu den Abgaswerten manipuliert wurde (*res*).
- A verlangt von B 1.000,00 Euro aus einem Kaufvertrag über den Gegenstand XYZ (*actio*).

Der Rest fließt dann fast von selbst.

6 Nebenbei: In dem wenig bekannten Film *Amistad* (1997) von Steven Spielberg – er handelt vom Sklavenhandel – geht es um den Anspruch der Spanischen Krone auf Herausgabe eines spanischen Schiffs samt seiner Ladung: Afrikaner, bei denen fraglich war, ob sie rechtswirksam versklavt oder noch freie Männer waren. Der Vertreter der Beklagten – Ex-Präsident John Quincy Adams – verrät seinem jungen Anwaltskollegen: Es gewinnt immer die Partei, die die bessere Geschichte erzählen kann. Und dann erzählt einer dieser in Afrika erbeuteten Männer die ganze Geschichte des Grauens …

7 Siehe zu diesem missverständlichen Terminus sogleich im Text.

8 Corpus Iuris Civilis, Institutionen II 12. – Das Corpus Iuris Civilis ist die Rechtssammlung, die der oströmische Kaisers Justinian in Auftrag gegeben und dann als Gesetz verkündet hat (533/534), und die Institutionen sind deren erster Teil. Es gibt eine schöne Taschenbuchausgabe mit Parallelübersetzung (4. Aufl., Heidelberg 2013).

9 Der Begriff *actio* bedeutet ursprünglich: Lizenz zur Klage. Nach dem römischen Recht war der Weg zu den Gerichten nämlich nicht wie heute in nahezu allen bürgerlich- und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gegeben, vielmehr musste die Klage vom *praetor peregrinus* zugelassen werden. Und er ließ sie zu, wenn er meinte, dass der Kläger unter bestimmten Voraussetzungen (Tatbestand) einen Anspruch auf das von ihm Begehrte (Rechtsfolge) haben sollte; siehe nur *Jan Dirk Harke*, Römisches Recht, 3. Aufl., München 2024, §1 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Die Wahrheitsfindung

7 Eine andere Frage ist, ob diese Schilderung des Sachverhalts auch „wirklich wahr" ist. Es kann durchaus sein, dass sie „objektiv falsch" ist – sei es in einem Anwaltsschriftsatz, sei es in einem gerichtlichen Urteil oder einem Verwaltungsakt.

Wenn sie auch „subjektiv falsch" ist, also eine bewusste Lüge, ist es ein Verstoß gegen das Standesrecht oder gar Rechtsbeugung (§ 339 StGB – Strafgesetzbuch).

8 Es kann sogar sein – nein: es ist *immer so* –, dass die Darstellung des „Lebenssachverhalts" in gewisser Weise „verzerrt" ist, also an den *biases* leidet, denen *jede* Wahrnehmung unterworfen ist, Stichwort z.B. *framing* (dazu ausführlich in Kapitel 7). Dies ist nicht zuletzt zu beachten, wenn man die Sachverhaltsschilderungen anderer Juristen liest, also etwa als Richter eine Klageschrift, als Rechtsanwalt ein Urteil, als „Praktiker" das Gutachten eines Professors. Was wird in diesen Darstellungen möglicherweise ausgeblendet, wo wird an Emotionen appelliert etc.?

Erfahrene Gutachter sagen: Bereits aus der Darstellung des Sachverhalts muss hervorgehen, dass es nur eine einzige richtige rechtliche Lösung geben kann, nämlich die im Gutachten vertretene. (Natürlich muss man dazu auch den Sinnzusammenhang „Recht" gut durchdrungen haben.)

1. Erneut: Die Naivität des juristischen Wahrheitsbegriffs

9 Gibt es aber überhaupt so etwas wie „objektive Wahrheit"? Wir haben das Thema schon in § 5 II angesprochen, können uns daher hier kurz fassen.

In § 5 II haben wir gesagt: Das Potential von *Aussagen* ist – auch im Recht – Wahrheit bzw. Richtigkeit. Aussagen über die Welt „da draußen" können wahr oder falsch sein, rechtliche Aussagen „richtig" oder falsch.

Wir wollen nun hinzufügen: Dies gilt sowohl für Aussagen über einen Einzelfall als auch für Regeln. „Der Stein ist zu Boden gefallen" kann ebenso wahr oder falsch sein wie „Immer wenn ich den Stein loslasse, wird er zu Boden fallen".

Im **Recht** geht man nun davon aus, dass „Wahrheit" letztlich das ist, was sich **wirklich so** zugetragen hat.

In einer klassischen Formulierung: „Das Urteil kann nur dann gerecht ausfallen, wenn der vom Gericht festgestellte Sachverhalt der Wirklichkeit entspricht".[10]

Aber wie will man dies feststellen?

10 *Arwed Blomeyer*, Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin 1985, S. 111; zitiert und kommentiert bei *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1. Aufl., Freiburg etc. 2017, S. 160, 177.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die philosophische Rettung: Konvergenztheorie der Wahrheit

Ohnehin könnte die Fachphilosophie ein wenig beckmesserisch[11] daherkommen und sagen: „Wahr" sein kann gar nicht die Wirklichkeit – die ist so, wie sie ist. Wahr sein können nur *Aussagen* (Sätze, Urteile), die sich auf die Wirklichkeit beziehen. Das wäre aber ein Streit um Worte, eine *façon de parler*. 10

Wie *it is cold* oder *il fait froid*.

Sehr wohl bleibt aber die Frage, wie denn diese „Entsprechung" oder Übereinstimmung von Aussagen mit der Wirklichkeit festgestellt werden kann. Insofern gibt es die schon genannten drei Wahrheitstheorien (§ 5 Rn. 69–71): 11

- *Korrespondenztheorie*: Sie setzt die Möglichkeit der Übereinstimmung schlicht voraus (*veritas est adaequatio intellectus et rei* – Wahrheit ist die Entsprechung, wörtlich: Angleichung von Einsicht und Gegenstand[12]);
- *Konsenstheorie*: Wahrheit ist das, worauf wir uns in einem herrschaftsfreien Diskurs einigen würden (Habermas):
- *Kohärenztheorie*: Wahr ist das, „was sich widerspruchslos mit den übrigen Aussagen eines Systems zusammenfügen bzw. in diese Aussagen einordnen lässt".[13]

Für die beiden letzten Theorien spricht, dass eine unmittelbare Erkenntnis (*intellectus*) der Sinnzusammenhänge „da draußen" (*res*) nicht möglich ist (vorsichtiger gesagt: nicht zu beweisen). Das „Ding an sich selbst" bleibt eben unerkannt.[14]

Gegen die beiden Theorien spricht jedoch, dass auch sie ohne einen Bezug auf die Sinnzusammenhänge „da draußen", so wie sie **wirklich sind** („objektiv") nicht auskommen. Bei Habermas gibt es einen „zwanglosen Zwang des besseren Arguments"[15] – worauf mag er beruhen, wenn nicht auf einem gelegentlichen *Outward Clash* mit der Realität bzw. Wirklichkeit?[16] Das Gleiche gilt für die Kohärenztheorie, selbst wenn sie – wir nehmen sie in der Form von Strauchs Methodenlehre – sehr sorgsam unterscheidet zwischen gleich drei Kohärenzen: der Kohärenz (1) bei der Herstellung des Sachverhalts, (2) bei der Erkenntnis (jawohl!) des Rechts und (3) bei der Zusammenführung 12

11 Beckmesser ist eine Figur aus Richard Wagners Oper „Die Meistersinger von Nürnberg", und zwar der Stadtschreiber, also: ein pedantischer Verwaltungsjurist.

12 So die vielzitierte Definition bei *Thomas von Aquin*, Quaestiones disputatae de veritate (entstanden 1256–1259), Artikel II 2, lateinisch/deutsch: Von der Wahrheit/De Veritate, Hamburg 1986, S. 14/15.

13 So die Formulierung von *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), S. 158; „Kohärenz" ist geradezu der Schlüsselbegriff dieses Werkes, siehe die Kapitel 8, 9, 14, 18, 19, 25 und 26.

14 *Immanuel Kant*, KrV B 45 und öfter (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 45; „A" ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

15 *Jürgen Habermas*, Wahrheitstheorien, in: Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag, Pfullingen 1973, S. 211–265 (226, 240).

16 Klassische Formulierung (mit großem „O" und „C"): *Charles Sanders Peirce*, Rezension von: Josiah Royce, The Religious Aspect of Philosophy (1885), in: CP 8.41, 43 (Collected Papers, Band 7–8, Cambridge/Massachusetts 1958, Band 8, Paragraph 41 am Ende und 43); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 259. In Peirce' Kategorienlehre ist dies die Kategorie der „Zweitheit", d.h. des Widerstandes und der Überraschung, dazu oben § 5 II Rn. 77 f.; s. auch *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 250–262.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beider Seiten zu einer „richtigen Entscheidung“.[17] Dies hat auch in den Hexenprozessen funktioniert, und wir sollten nicht sagen, dass sie von „wahren“ Sachverhalten ausgingen.

Nach Strauch zeichnet sich Kohärenz, nebenbei, durch drei Komponenten aus: (1) Widerspruchsfreiheit, (2) Umfassendheit (man könnte auch sagen: Vollständigkeit), (3) Stimmigkeit.[18] Das hat, insbesondere betreffend die Stimmigkeit, viele Berührungspunkte mit der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML).

13 Die philosophische Lösung des Problems liegt, so würde Luhmann wohl sagen,[19] weder in der *Sachdimension* unserer Kommunikation (Korrespondenztheorie) noch in deren *Sozialdimension* (Konsenstheorie) oder gar in der Kommunikation selbst (Kohärenztheorie). Sie liegt vielmehr in der *Zeitdimension* und nennt sich dann **Konvergenztheorie** der Wahrheit (auch sie stammt von Charles Sanders Peirce[20]). In meinen Worten:

Wahr ist diejenige Meinung, auf die sich die Gemeinschaft der Wahrheitssucher einigen *würde*, wenn man hierfür unendlich viel Zeit und Mittel zur Verfügung hätte. Und der *Sachverhalt*, den diese Meinung repräsentiert (nicht „abbildet“[21]!), ist die *Realität* bzw. *Wirklichkeit*.

14 Wie man sieht, geht dieser hypothetische Wahrheitsbegriff mit einem **hypothetischen Realismus** einher.[22]

Wir können nämlich, streng genommen, auch nicht beweisen, dass es „die“ Realität gibt (vielleicht gibt es ganz viele? gerade im Sozialen!). Es spricht aber sehr viel für diese Vermutung – auch im Sozialen, auch bei der Feststellung eines rechtlichen „Sachverhalts“.

Natürlich haben Juristen dies immer schon gewusst.

Juristen sind ja nicht naiv.

Nichts anderes als eine Metapher für die Konvergenztheorie ist denn auch Ronald Dworkins Richter Hercules, der – weil unendlich klug und unendlich gut informiert – in jedem Rechtsfall die einzig richtige Antwort finden würde (sog. *right–answer–thesis*)[23] – unter mehreren vertretbaren (§ 33 II), versteht sich.

---

17 *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), Kapitel 14, Kapitel 18 und 19, Kapitel 25 und 26.

18 *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), S. 246–250.

19 Zu diesen drei Dimensionen *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 114–122 und öfter.

20 Dazu schon oben § 5 II Rn. 71; klassische Stelle bei *Peirce*: How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.407 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 407); deutsch in: Schriften (Fn. 16), S. 205.

21 Was sie ja gerade nicht unmittelbar tut – ebensowenig, wie das Auge genau das auf die Netzhaut wirft, was wir im Gehirn als Bild interpretieren.

22 Dazu mit Hinweisen auf Peirce, Popper und die Evolutionäre Erkenntnistheorie *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16), S. 184–194.

23 Dazu schon oben § 5 II Rn. 72–74; klassische Stelle bei *Ronald Dworkin*: Taking Rights Seriously, London 1977, S. 116 f.; deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a.M. 1984, S. 182–221; auch dazu *Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis, Berlin 1988, S. 215–243; kritisch *Tobias Herbst*, Die These der einzig richtigen Entscheidung, in: Juristenzeitung (JZ) 2012, 891–900.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Die Beweismittel

Angesichts der Ungewissheit über die Wahrheit „da draußen" (*the truth is out there*[24]) kam es im Sinnzusammenhang Recht schon immer darauf an, mit welchen „Mitteln" man sie er–*mittel*–n kann. So gab es schon in der Antiken Gerichtsrhetorik Empfehlungen über den Umgang mit „untechnischen Beweisen" (*písteis átechnoi*), also etwa Zeugen oder Gerüchten (§ 2 Rn. 19 am Ende). Lange Zeit hat man auch Folter für ein zulässiges Mittel zur Wahrheitsfindung gehalten. Im Folgenden wollen wir grob skizzieren, was bei den einzelnen Beweismitteln methodisch zu beachten ist. 15

1. Die heutigen vier plus eins Beweismittel

Nach der heutigen Zivilprozessordnung (ZPO)[25] sind vier „klassische" Beweismittel zugelassen: Zeugen, Urkunden, Augenschein, Sachverständige. Hinzu kommt als ein fünftes Beweismittel die Parteivernehmung; sie ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig. 16

a) Zeugen

Inwieweit Zeugen glaubwürdig sind und ihre Aussage glaubhaft, ist ein Alltagsproblem jeder Rechtsordnung. Dabei kann man zunächst fragen, ob es Anzeichen dafür gibt, dass der Zeuge bewusst lügt oder Wichtiges verschweigt. Zum anderen kann man fragen, ob er sich trotz guten Willens irrt. Das Auge liefert eben keine Fotografie des Geschehens, das Ohr keine Tonbandaufnahme. 17

> Ein Zeuge berichtet, eine Frau sei spektakulär vom Balkon gestürzt („wie eine Turmspringerin"). Nur: Er konnte das gar nicht gesehen haben, weil zu diesem Zeitpunkt die Bäume stark belaubt waren – nur im Winter war der Blick frei. Der Zeuge hatte also nur den Aufprall gesehen und den Rest geschlussfolgert.[26]

Gerade weil der Zeuge keine Fotografien liefert, sondern nichts als eine *Geschichte* liefern kann, ist es wichtig, dass er den Sachverhalt zunächst einmal selbst „im **Zusammenhang**" darstellt. So schreibt es denn auch, durchaus weise, § 396 Abs. 1 ZPO vor.[27] 18

> Im Licht der NJML können wir zwanglos hinzufügen: Dies ist halt *einer* der vielen Sinn–Zusammenhänge, die im Fall zusammenkommen.

Allgemein sagt man, der Zeugenbeweis sei das unsicherste Beweismittel – eben wegen der Anfälligkeit für Fehlschlüsse und Fehlwahrnehmungen.

> Besonders aufgeklärt erscheint daher die sogenannte Nullhypothese, die der Bundesgerichtshof (BGH) jedenfalls in Strafsachen und im Hinblick auf Glaubhaftigkeits-

24 … um nochmals an die amerikanische Fernsehserie „The X-Files", deutsch „Akte X – Die unheimlichen Fälle des FBI" (1993–2002, 2016–2018), zu erinnern.

25 Nebenbei: Die Zivilprozessordnung ist trotz ihres Namens keine Rechtsverordnung (wie die Straßenverkehrsordnung), sondern ein – man möchte sagen: vollwertiges – Gesetz im formellen Sinn; zu den Begriffen siehe § 14 Rn. 9, 36–39)

26 *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), S. 212.

27 Wortlaut: „Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gutachten für den methodischen (!) Mindeststandard im SINNZUSAMMENHANG „Psychologie" hält: Eine Zeugenaussage hat so lange als unwahr zu gelten, bis sich diese Vermutung angesichts der Umstände nicht mehr aufrechterhalten lässt.[28]

19 Wichtig ist dabei auch: Zu unterscheiden ist die Frage, ob die *Aussage* glaub*haft* ist (Glaub*haftig*keitsgutachten), und die Frage, ob der Zeuge als *Person* glaub*würdig* erscheint (Glaub*würdigkeits*gutachten). Ob sich beides methodisch so klar trennen lässt, kann hier offen bleiben.

b) Urkunden

20 Als besonders zuverlässig gilt demgegenüber der Urkundenbeweis. Wenn ich eine Quittung habe – das ist eine „Urkunde"[29] –, kann ich erheblich besser beweisen, dass ich geliefert oder gezahlt habe, als wenn ich keine habe. Allerdings können auch Urkunden gefälscht sein – das bekannteste historische Beispiel ist die Konstantinische Schenkung. Mit dieser Urkunde hatte angeblich Kaiser Konstantin der Große (ca. 270–288 bis 337) der Kirche das Gebiet des Kirchenstaates geschenkt. Die Fälschung wurde im Jahr 1440 von dem Rhetoriker Lorenzo Valla (1406–1457) aufgedeckt.[30]

Valla gilt als *enfant terrible* der Renaissance. Er hat eine bekannte Schrift über die Willensfreiheit verfasst, bei der anstelle des allmächtigen christlichen Gottes am Ende die drei heidnischen Götter Jupiter, Apoll und Athene das Problem lösen.[31] Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716) hat dies ganz prominent ganz am Ende seiner „Theodizee" (1710) aufgegriffen.[32]

Die skandalöse Hauptthese des Theodizee–Buches lautet übrigens – als Antwort auf die Frage, ob Gott gerecht oder besser: warum er so ungerecht ist –: Wir leben in der besten aller möglichen Welten (es könnte also noch schlimmer kommen). Voltaire (1694–1778) hat dies in seinem Roman „Candide" (1759) sarkastisch parodiert.

---

28 BGHSt 45, 164 – Sexueller Missbrauch eines 14jährigen Mädchens (1999) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Band, Seite); allgemein zur Nullhypothese *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10) S. 181, 221, 261 f.

29 Im Zivilprozess werden Urkunden definiert als schriftlich verkörperte Gedankenerklärungen, die Einzelheiten sind allerdings umstritten (wie sieht es aus bei einer Fotokopie?), siehe *Claus Kratz*, in: Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) ZPO, Stand 01.12.2023, § 592 Rn. 26–29. Im Strafrecht lautet die Definition: Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist, einen Aussteller erkennen lässt und zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache geeignet und bestimmt ist, gleichviel ob ihr die Bestimmung schon bei der Ausstellung oder erst später gegeben wird (*Martin Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2023, § 267 Rn. 2). Darunter fällt dann auch die TÜV-Plakette auf dem Nummernschild (ebendort Rn. 8).

30 Dazu schon § 18 Rn. 40 im Kontext von *lex posterior derogat legi priori* – das spätere Gesetz geht dem früheren vor.

31 Näheres dazu bei *Joachim Lege*, Freiheit und Würde bei Lorenzo Valla (1405/06–1457). Philologische Ergänzungen und eine systemtheoretische Provokation betreffend Gott und die moderne Gesellschaft, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste (Hrsg.), Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance, Tübingen 2008, S. 141–158.

32 Erschienen zuerst in Amsterdam auf Französisch als *Essais de theodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal*, deutsch ebendort 1720.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Augenschein

Besonders aufschlussreich ist meist der „Augenschein", also die Wahrnehmung des Tatortes, des Baugrundstücks, der Unfallkurve, des Baustellenlärms mit den eigenen Sinnen (es können also statt der Augen auch einmal die Ohren sein). Auf diese Weise kann man sich viel einfacher ein „eigenes Bild" von den Geschehnissen oder Interessenkonflikten machen, um die sich der Fall dreht – mit all seinen Sinnzusammenhängen –, als wenn man sich nur an die Akten oder an die Erzählung des Mandanten hält. Man gewinnt dadurch auch nicht nur ein „eigenes", sondern vor allem: ein umfassenderes, objektiveres, in gewisser Weise „unparteiisches" Bild. 21

Im erwähnten Fall des Sturzes vom Balkon hat erst ein Augenschein im Folgejahr zu demselben Kalendertag gezeigt, „wie es wirklich" vom Zeugen beobachtet werden konnte.

Oder man denke an den Rat Franz Reimers: Der im öffentlichen Baurecht tätige Rechtsanwalt sollte keinen Schriftsatz verfassen ohne vorherige Begehung des streitbefangenen Grundstücks.[33]

Dass auch der „eigene" Blick, die „eigene" Wahrnehmung unvermeidlich verzerrt ist, ist eine andere Frage (dazu sogleich Rn. 51–52 und unten §§ 35–36). 22

d) Sachverständige

Häufig reicht die Sachkunde von Juristen nicht aus, um andere Sinnzusammenhänge solide zu beurteilen – man denke an technische, medizinische, psychologische Zusammenhänge. Wenn es dann auf bestimmte Fragen ankommt, die man als Jurist nicht seriös beantworten kann – die Geschwindigkeit eines Kraftfahrzeugs, das Vorliegen eines Baumangels oder ärztlichen Kunstfehlers, die Schuldfähigkeit des Täters –, müssen Fachleute zur Begutachtung herangezogen werden. Leider liefern sie nicht immer besonders überzeugende Gutachten, anders gewendet: Die Letztverantwortung dafür, was im konkreten Fall als „wahr" zu Grunde gelegt wird, bleibt beim Juristen. 23

Dies gilt natürlich auch für Glaubwürdigkeitsgutachten, die Psychologen über Zeugen oder Angeklagte erstellen (s.o. unter a).

Unter Umständen müssen daher weitere Gutachten eingeholt werden, und es kann durchaus vorkommen, dass auch Sachverständige eine Frage nicht endgültig klären können oder gar Gutachten liefern, die sich widersprechen. In diesen Fällen muss man als Jurist in einen anderen Sinnzusammenhang überwechseln: zum Beispiel in den Sinnzusammenhang des Rechts und nach Beweislast entscheiden (dazu schon § 22 Rn. 12, 21–22 und sogleich bei Rn. 35–36) oder in den Sinnzusammenhang der Logik und in einem der Gutachten einen inneren Widerspruch aufdecken.

Im **Fall** kommen eben *viele* Sinnzusammenhänge zusammen.

33 *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 3), Rn. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e) Parteivernehmung

24 Zu guter Letzt gibt es noch eine weitere, allerdings außerordentliche Möglichkeit der Wahrheitsfindung: Im Zivilprozess ist es unter Umständen möglich, nicht nur Zeugen, sondern auch die Parteien selbst – also Kläger oder Beklagte – förmlich zu vernehmen. Sie unterliegen dann ganz ebenso wie Zeugen der Wahrheitspflicht und können sogar aufgefordert werden, ihre Aussage zu beeidigen.[34] Natürlich ist dies heikel: Eine Partei wird immer versucht sein, die Tatsachen so zu schildern, dass sie ihr günstig sind – und nicht, „wie es wirklich war". Deshalb kann dieses Beweismittel von Amts wegen nur als *ultima ratio* angeordnet werden, nämlich dann, wenn das Gericht auch unter Ausschöpfung aller anderen Beweismittel noch nicht davon überzeugt ist, dass eine zu beweisende *Tatsache* wahr oder unwahr ist.[35]

Hier zeigt sich erneut der naive juristische Wahrheitsbegriff: „Wahr" sind, philosophisch betrachtet, nur Aussagen. Tatsachen sind hingegen Tatsachen.

25 Es können bei „Beweisnot" aber auch die Parteien selbst eine Parteivernehmung beantragen – sei es ihrer selbst oder des Gegners. In allen Fällen kann die Partei, deren Vernehmung das Gericht angeordnet hat, die Aussage und den Eid verweigern, das Gericht darf daraus aber seine Schlüsse ziehen (§§ 446, 453 Abs. 2 ZPO).

Ich fand dies immer etwas dubios: Vielleicht mag man die wahren Gründe einer Aussageverweigerung aus Scham nicht mitteilen.[36]

Und im Strafrecht gilt unbestritten der Grundsatz: *nemo tenetur se ipse accusare* – Niemand ist verpflichtet (wörtlich: gehalten), sich selbst zu belasten (wörtlich: anzuklagen).[37]

---

34 § 452 Abs. 1 ZPO: „Reicht das Ergebnis der unbeeidigten Aussage einer Partei nicht aus, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, so kann es anordnen, dass die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe." Interessant dann auch der Satz 2: „Waren beide Parteien vernommen, so kann die Beeidigung der Aussage über dieselben Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden". Das Gesetz will offenbar vermeiden, dass das Gericht einem Meineid nachgehen muss.

35 Wortlaut des § 448 ZPO – Vernehmung von Amts wegen – (Hervorhebung J.L.): „Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der *Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache* zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen."

36 Ich denke an eine Szene im Film *Legally Blond* (2001), in der eine des Mordes beschuldigte Fitnesstrainerin nicht öffentlich machen will, dass sie sich einer Fettabsaugung unterzogen hat.

37 Daher § 55 Abs. 1 Strafprozessordnung – StPO -: „Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden." Etwas allgemeiner lautet § 136 Abs. 1 StPO: „Bei Beginn der Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zu Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (…)."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Fragwürdige „Beweismittel“

a) Folter

Geradezu das Gegenteil dieses Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, ist die Folter. Sie dient dazu, dem Angeklagten durch Zufügung von Schmerzen ein Geständnis abzuringen, und hat eine lange Tradition. Bei aller Grausamkeit gab es häufig immerhin rechtliche Regeln, welche Foltermethoden auf welche Weise bei der „peinlichen Befragung“ angewendet werden durften („peinlich“ wegen der Pein, die dem Delinquenten zugefügt wurde). 26

Am bekanntesten dürfte die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina, abgekürzt CCC) von 1532 sein.[38] – In ihr gibt es übrigens auch eine Vorschrift, gemäß der, wenn der Richter „uff den grundt der warheit [!] kommen“ will, er sich vom Angeklagten die „umbstende der Missenthat … ganntz vonn jme [= ihm] selbst sagen lassen“ soll [s.o. Rn. 18: „im Zusammenhang“]. „Solliches“ – d.h. die Wahrheitsfindung – „wirt aber ettwa damit Verdeckt, wenn den gefanngen jnn annemen oder fragen dieselbenn vmbstennde der missethat furgesagt vnd daruff gefragt werden“.[39] – Kurz: Keine Suggestivfragen! 27

Eine besonders schreckliche Rolle hat die Folter in den Hexenprozessen gespielt. Insofern lässt sich aus heutiger Sicht sehr leicht sagen: Eben weil es dieses Verbrechen in Wahrheit (!) gar nicht geben kann – eben deshalb kann man es auch nicht beweisen. In damaliger Zeit[40] hielt man Zauberei bzw. Hexerei hingegen für etwas, das in der Wirklichkeit vorkommt, und konnte sich dabei nicht zuletzt auf die Bibel stützen[41] (auch Martin Luther glaubte daran[42]). Also *musste* man es irgendwie beweisen können, und insofern schien die Folter als einziges Mittel „geeignet und erforderlich“[43] zu sein. 28

38 Dort findet sich unter Nr. 58 auch ein Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Hervorhebung im Original fett): „Von der *mass peinlicher frage*. Jtem die peinlich frag soll nach gelegenheit des Argkwons der personen Viell, offt oder wenig, hartt oder millter Nach ermessung eins guten Vernunfftigen Richters furgenomen Werden (…); zitiert nach der von Josef Kohler und Willy Scheel herausgegebenen „Ausgabe für Studierende“ [sic!], Halle a.d. Saale o.J. (wohl 1900), S. 31. Im Internet greifbar ist ein Exemplar aus der Harvard-Bibliothek: https://archive.org/details/bub_gb_TTs_AAAAYAAJ/page/n35/mode/2up?view=theater <06.02.2024>.

39 CCC (Fn. 38) Nr. 56. – Zur Carolina und ihrem Umfeld insgesamt: *Susanne Hähnchen*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 585–595; *Steffen Schlinker*, Rechtsgeschichte, 2. Aufl., München 2023, § 39.

40 Man muss immer wieder betonen: Die Hauptzeit der Hexenverfolgung war nicht das „finstere“ Mittelalter, sondern die Frühe Neuzeit – dies war gewissermaßen die Schattenseite der Aufklärung. – Erwähnenswert zudem: Auch heute noch ist in manchen Staaten Zauberei (*witchcraft*), strafbar, so etwa gemäß *section 251* des *Cameroun Penal Code* (Strafmaß: zwei bis zehn Jahre und Geldstrafe).

41 Im Alten Testament 2. Buch Mose (Exodus) 22, 17: „Eine Hexe sollst du nicht am Leben lassen.“ Von gleichem Gewicht sind die Verbrechen des Geschlechtsverkehrs mit einem Tier und das Schlachtopfer für einen anderen Gott als Jahwe (Ex 22, 18 f.). – Das Neue Testament setzt zumindest die Existenz von bösen Geistern voraus – Jesus selbst lässt einmal einen Dämon aus einem Menschen heraus- und in eine Herde Schweine hineinfahren, die sich sodann in den See Genezareth stürzen und ertrinken (Evangelium des Markus 5, 1–13).

42 Im Lutherjahr 2017 gab es dazu sogar eine Sonderausstellung (https://www.luther2017.de/wiki/hexen/kai-lehmann-martin-luther-glaubte-fest-an-hexen/index.html <06.02.2024>).

43 Es war, mit anderen Worten, durchaus „verhältnismäßig“; zum heutigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz § 15b Rn. 38–51.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es ist bemerkenswert, dass eines der wichtigsten Argumente gegen die Folter im Hexenprozess – es stammt wohl von Christian Thomasius (1655–1728) – im Grunde logischer Natur war: Entweder gesteht die Hexe – dann ist die Hexerei bewiesen; oder sie gesteht nicht – dann ist sie erst recht bewiesen, weil man ohne einen Pakt mit dem Teufel die Folter nicht überstanden hätte. Wenn aber eine bestimmte Handlung und ihr Gegenteil dasselbe bewirken, ist dies ein Widerspruch – und aus einem Widerspruch folgt, was einem beliebt (*ex contradictione quodlibet*).[44]

29 Ein Caveat (Ermahnung zur Vorsicht) zum Schluss: Wir sollten immer davon ausgehen, dass die Menschen früherer Zeiten nicht wesentlich dümmer waren als wir. Es dürfte den meisten deshalb immer bewusst gewesen sein, dass die Folter ein sehr unsicheres Beweismittel ist. Die eigentlich interessante Frage ist deshalb, warum man sie trotzdem verwendet hat.[45]

b) Gottesurteile

30 Dieselbe Frage stellt sich bei den sogenannten Gottesurteilen, die es in unterschiedlichsten Formen gab.[46] Bekannt sind die Feuerprobe und die Wasserprobe: Man wirft den Delinquenten gefesselt ins Wasser – schwimmt er oben, ist er ein Zauberer (geht er unter, wird er allerdings häufig zu spät herausgezogen). Oder man lässt den Angeklagten über glühende Kohlen laufen – bleibt er unverletzt, ist er unschuldig.

Man sieht: Im ersten Fall ist die Beweislast (oben § 22 Rn. 12, 21–22 und sogleich Rn. 35–36) aus Sicht des Angeklagten günstiger verteilt.

Manchmal wurde für ein Gottesurteil auch ein Zweikampf zwischen den Prozessgegnern angesetzt: Wer gewinnt, hat Recht. Ein skurriles Beispiel aus der Literatur ist der Zweikampf zwischen dem Waffenschmied und dem Grafen vom Strahl in Heinrich von Kleists (1777–1811) ziemlich abgedrehten Drama „Das Käthchen von Heilbronn" (1810).[47]

c) Eideshelfer und Leumundszeugen

31 Ein sehr unsicheres, weil nur mittelbares Beweismittel sind die sogenannten Eideshelfer und Leumundszeugen.[48] Sie können zur Sache selbst nichts aussagen, sondern sollen nur den (guten) Ruf einer Partei oder eines Angeklagten „bezeugen". Es wäre interessant zu wissen, ob Derartiges in anderen Rechts– und Sozialordnungen noch heute zugelassen bzw. üblich ist.

---

44 Dazu bereits § 11 Rn. 27. – *Ex contradictione quodlibet* bedeutet: Aus einem Widerspruch folgt Beliebiges, wörtlich: was einem gefällt.

45 *Gertrude Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts. Über Strenge, Milde und Fortschritt im Recht, Basel 2017.

46 Allgemein und knapp zu den Gottesurteilen (auch Ordal genannt): *Schlinker*, Rechtsgeschichte (Fn. 39), § 10 Rn. 19 f., § 25 Rn. 12, § 28 Rn. 15 – mit dem bemerkenswerten Detail, dass im thinggenossenschaftlichen Verfahren des Sachsenspiegels (vor 1235) das Urteil (nur) bestimmte, ob der Kläger oder der Beklagte den Beweis führen durfte. Man wusste also sehr wohl um die Bedeutung der Beweislast.

47 Als Jazz-HipHop-Kurzoperette aufbereitet von *Lege&Lena*, Cathy of Halliwell (Das Käthchen von Heilbronn), CD von 2014 (Eigenproduktion).

48 *Schlinker*, Rechtsgeschichte (Fn. 39), § 10 Rn. 18. § 28 Rn. 13–16.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Der sogenannte Lügendetektor

Ein umstrittenes Beweismittel ist der sogenannte Lügendetektor (technisch: „Polygraph"). Dies ist ein technisches Gerät, das während der Befragung eines Angeklagten dessen körperliche Reaktionen aufzeichnet (Atmung, Puls, Schweißabsonderung etc.). Dabei gehen die Anhänger dieses Beweismittels davon aus, dass Menschen körperlich unterschiedlich reagieren je nachdem, ob sie die Wahrheit sagen oder lügen – was im Grundsatz wohl auch stimmt. Nichtsdestoweniger hält jedenfalls der Bundesgerichtshof (BGH) einen Lügendetektortest für zu unzuverlässig, um ihn als Beweismittel zuzulassen.[49] 32

Die ältere Begründung, die in der Verwendung eines Lügendetektors einen Verstoß gegen die Menschenwürde sah – der Test mache den Angeklagten statt zum Beteiligten zum „Gegenstand" des Strafverfahrens[50] –, ist allerdings aufgegeben worden für den Fall, dass der Angeklagte dem Test zustimmt.[51]

e) Gesetze und Gerüchte

Im heutigen Sinn kein „Beweismittel", weil nicht auf die Ermittlung von Tatsachen gerichtet, ist der Nachweis, dass für diesen Fall ein bestimmtes Recht gilt. In diesem Sinn hatte die Antike Rhetorik auch Gesetze als „Beweise" betrachtet, die derjenige, der sich auf sie berief, beizubringen hatte.[52] Derartiges gibt es heute immerhin noch in Bezug auf ausländisches Recht, in der Zivilprozessordung heißt es dazu: 33

> **§ 295 ZPO** Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

Wie erwähnt galten in der Antiken Gerichtsrhetorik als „untechnische" Beweismittel schließlich auch Gerüchte.[53] Auch hier wäre interessant zu wissen, ob Vergleichbares in heutigen Rechtsordnungen noch vorgesehen ist.

IV. Die Verwertung der Beweise

Die zweite Frage, die sich im Sinnzusammenhang des Rechts im Hinblick auf die Ermittlung des „wahren" Sachverhalts stellt, ist die Frage, wie die Beweismittel zu verwerten sind – anders gewendet: welche Schlussfolgerungen man aus der Beweisaufnahme ziehen darf. 34

---

49 BGHSt 44, 308 (319–328) – Lügendetektor II (1998): völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinn des § 244 Abs. 3 Satz 3 Variante 4 StPO; dem folgend für den Zivilprozess: BGH, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 2527.

50 BGHSt 5, 332 (333 f.) – Lügendetektor I (1954); zur sogenannten Objektformel bei der Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG schon § 5 III Rn. 93 Fn. 183.

51 BGHSt 44, 308 (319–328) – Lügendetektor II (1998).

52 Ein Beispiel: *Kai Brodersen* (Hrsg.), Apollodoros, Gegen Neaira/Antiphon, Gegen die Stiefmutter, griechisch-deutsch, Darmstadt 2004, S. 66/67: Es ging um einen Verstoß jener Neaira und ihres athenischen Partners gegen das Ausländerrecht.

53 Siehe oben § 2 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ja: „darf"! Es ist eine normative Frage.

Terminologisch unterscheidet man dabei die Beweis*last* von der Beweis*würdigung* im engeren Sinn (s.o. § 22 Rn. 13). Beides zusammen könnte man auch als „Beweiswürdigung im weiteren Sinn" bezeichnen – ich nenne es Beweis*verwertung*.[54]

1. Die Beweislast

35 Insofern haben wir in § 22 schon die sogenannte Beweislast erwähnt: Im Zivilprozess kommt es sehr darauf an, welche der beiden Parteien – also Kläger oder Beklagter – die entscheidenden Tatsachen zu beweisen hat – zum Beispiel, dass ein Kaufvertrag geschlossen wurde. Wir haben auch gesehen, wie dies methodisch in mehreren „Stationen" abgearbeitet wird (Stichwort: Relationstechnik).

Im Strafrecht muss, auch das wurde schon erwähnt, nicht der Angeklagte seine Unschuld beweisen, sondern der Staat dessen Schuld. Insofern heißt es seit jeher *in dubio pro reo* – im Zweifel für den Angeklagten.

> Die Gottesbeweise haben besonders deutlich gezeigt, wie wichtig es ist, was man aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme schlussfolgert. Wenn der Angeklagte nicht im Wasser versinkt oder sich nicht verbrennt – zeigt dies dann, dass er ein Hexer ist, dem der Teufel beisteht, oder ein Unschuldiger, bei dem Gott dies übernommen hat?

36 Der Vollständigkeit halber: Im Öffentlichen Recht stellt sich die Frage nach der Beweislast weniger dringend. Das Gericht ist hier nicht an das Vorbringen der Parteien gebunden, es gilt vielmehr der Amtsermittlungsgrundsatz.[55] Wenn sich allerdings trotz größten Wohlwollens des Gerichts die Standfestigkeit eines geplanten Gebäudes nicht hinreichend darlegen lässt, muss das Gericht die Klage auf Erteilung der Baugenehmigung ablehnen. Die Beweislast trägt also auch im Öffentlichen Recht derjenige, dem die Rechtsregel günstig ist (hier: § 72 Abs. 1 Landesbauordnung Mecklenburg–Vorpommern – LBauO M–V[56]; aus ihm ergäbe sich der Anspruch auf Erteilung der Genehmigung).

2. Beweisregeln

37 Es ist nicht ausgeschlossen und war rechtsgeschichtlich vielleicht sogar die Regel, dass für die Würdigung der Beweise bestimme Regeln gelten. So galt gemäß der erwähnten Constitutio Criminalis Carolina, dass ein Verbrechen wie Mord oder Hexerei erst

54 Klassiker: *Rolf Bender/Armin Nack/Wolf-Dieter Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 3. Aufl., München 2007; fortgeführt in 5. Auflage von *Robert Häcker/Volker Schwarz*, München 2021.

55 Siehe vor allem § 86 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung –: „Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden." Üblich ist auch die Bezeichnung Untersuchungsgrundsatz.

56 Wortlaut: „Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (…)." Der anschließende Relativsatz führt bei Fachfremden auf den ersten Blick zur Verwirrung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bewiesen war, wenn es entweder zwei Augenzeugen gab – oder ein Geständnis des Beschuldigten.[57]

Daher die Bedeutung der Folter. Indizienbeweise waren nicht zugelassen.

Im deutschen Recht gilt heute in allen Rechtsgebieten im Grundsatz das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung.[58] Es gibt, mit anderen Worten, „im Prinzip" keine Vorschriften, welche Beweise wie zu gewichten sind. 38

Zeugen sind, ganz abstrakt, nicht mehr und nicht weniger wert als Urkunden.[59]

Eine Ausnahme gilt für den speziellen Fall, in dem die eine Partei der anderen Partei die Beweisführung unmöglich macht. So heißt es in der Zivilprozessordung im Hinblick auf den Urkundenbeweis: 39

> **§ 444 ZPO** Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, ihre Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

Der „Rechtsgedanke" dieser Vorschrift („Beweisvereitelung") beruht letztlich auf dem Prinzip von Treu und Glauben, daher wird die Vorschrift auch analog auf andere Fälle angewendet.[60]

> In unserem neuen Prüfschema der Analogie (oben § 16 Rn. 37–41) wird mit dem Oberbegriff „Beweisvereitlung" die (a) Vergleichbarkeit des zu beurteilenden Falls – sagen wir: die Weigerung, eine Kopie des Reisepasses vorzulegen[61] – mit dem Tatbestand des § 444 ZPO festgestellt. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich dann die (b) Vorzugswürdigkeit der Rechtsfolge des § 444 ZPO – oder jedenfalls einer Beweiserleichterung zugunsten der Gegenseite – gegenüber der Nichtregelung dieses Falls.

3. Das sog. Beweismaß (Grad der Überzeugtheit): no reasonable doubt

Eng mit der freien Beweiswürdigung zusammen hängt die Frage nach dem sogenannten Beweis*maß*. Gemeint ist: Am Ende ist jede rechtliche Entscheidung die Entscheidung eines menschlichen Individuums – oder auch mehrerer (dazu sogleich unter § 24b Rn. 3–6). Am Ende kommt es daher darauf an, ob diese bestimmten Individuen, die zu entscheiden haben, „wirklich" und selbst davon überzeugt sind, dass sich eine bestimmte Tatsache so und nicht anders ereignet hat („Tatfrage", s.o.). Insofern gibt es natürlich – ebenso wie bei der „Rechtsfrage" – unterschiedliche Charaktere und Temperamente; der eine hat sein Urteil schneller gebildet als der andere („ich kenne 40

57 *Schlinker*, Rechtsgeschichte (Fn. 39), § 37 Rn. 11–13.

58 Siehe vor allem § 286 Abs. 1 ZPO – Zivilprozessordnung –: „Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind."

59 Was wir dazu weiter oben gesagt haben, sind also nicht mehr als „Erfahrungswerte".

60 Siehe nur *Monika Anders/Burkhard Gehle*, Zivilprozessordnung, 82. Aufl., München 2024, § 444 Rn. 7–9.

61 BGH, in: NJW 2011, 778 – Beweisvereitelung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meine Pappenheimer"). Klar ist allerdings, dass es eine „100prozentige Gewissheit" nie geben kann – Menschen sind fehlbar, und es können sich alle Zeugen geirrt haben.[62]

41 Wenn aber etwas dem Wesen des Rechts entspricht, dann dies: dass entschieden werden muss („Entscheidungszwang"; bei Gericht: Rechtsverweigerungverbot[63]). Deshalb muss man sich „am Ende" mit einem, wenn man so will, *menschlichen Maß* an Gewissheit – oder vielleicht besser: Überzeugtheit – zufrieden geben. Der BGH hat dies für den Strafprozess „klassisch", erkenntnistheoretisch freilich ein wenig überholt, im Jahr 1951 wie folgt formuliert (Hervorhebungen und Kommentare J.L.):

> „Sie [die richterliche Überzeugung] beruht, der Eigenart geisteswissenschaftlicher [?] Erkenntnis gemäß, anders als das Ergebnis naturwissenschaftlicher Forschung nicht auf einem unmittelbar einsichtigen Denken [??], sondern auf dem Gewicht eines die Gründe klar abwägenden Urteils über den *Gesamtzusammenhang* [!!] eines Geschehens. Für sie ist es erforderlich, aber auch genügend, dass ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit besteht, dem gegenüber *vernünftige Zweifel nicht mehr laut werden können*. Die bloß ‚theoretische' oder ‚abstrakte' Möglichkeit, dass der Angekl. nicht der Täter war, kann seine Verurteilung nicht hindern. Da eine solche Möglichkeit bei der Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnis nie ganz auszuschließen ist, wäre jede richterliche Wahrheitsfindung [!] unmöglich.[64]

42 Sieht man davon ab, dass die Zuordnung der Jurisprudenz zu den Geisteswissenschaften eine Frage der Mode ist und die Naturwissenschaften nicht immer so exakt sind, wie sie vorgeben, lautet das richtige Stichwort: vernünftiger Zweifel (*reasonable doubt*). Es darf kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass sich **der Fall** *tatsächlich* so ereignet hat.

> Zu Zweifel und Überzeugung als zwei Schlüsselbegriffen der Erkenntnistheorie in der Philosophie des amerikanischen Pragmatismus beiläufig schon oben § 18 Rn. 72.[65]

Und dabei ist er in all seinen Sinn–Zusammenhängen zu würdigen – der BGH sagt: im „Gesamtzusammenhang". (Üblich sind auch die Bezeichnungen **Gesamtschau** und **Gesamtwürdigung** – und es ist wohl kein Zufall, dass dies ein wenig nach „Emotion"[66] und sehr nach Ästhetik [unten §§ 30–34] klingt.)

---

62 *Hans-Joachim* Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1. Aufl., Freiburg etc. 2017, S. 271 f. mit Hinweis auf *Wolfgang Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974, S. 450.

63 Ausdrücklich geregelt in Art. 4 des französischen Code civil: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

64 BGH NJW 1951, 122 – Revision der Staatsanwaltschaft nach allzu großzügiger Beweiswürdigung des Gerichts zu Gunsten des geständigen Angeklagten (Brandstiftung am eigenen Haus).

65 Klassisch: *Charles Sanders Peirce*, How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.370 – 376 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5 Paragraphen 370–376; eingehend dazu *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16), S. 162–164 und öfter.

66 Siehe *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), S. 258: „emotionale Zusammenhänge". Auch sie sind natürlich schon Sinn-Zusammenhänge (§ 5 II Rn. 40–59). – Sinn hat alles, was für etwas anderes einen Unterschied macht.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Die „Sinnzusammenhänge der Vermittlung“

Damit ist ein letzter Aspekt angesprochen, der bei der Er–mittel–ung des Sachverhalts zu beachten ist: die Rolle, die die hier so bezeichneten Sinnzusammenhänge der Ver–mittel–ung dabei spielen (§ 24 Rn. 14–30). Es gibt keine un–ver–mittel–te Wahrheitsfindung. 43

Übrigens stellt sich auch in den Naturwissenschaften gelegentlich die Frage, ob die Messmethode den Gegenstand der Untersuchung beeinflusst. Am bekanntesten ist sicherlich die Heisenbergsche Unschärferelation,[67] man kennt das Phänomen aber auch bei psychologischen und soziologischen Experimenten: Wer beobachtet wird, verhält sich anders.

1. Logik und Ästhetik

Zur Rolle der Logik haben wir genug gesagt – sie ist, jedenfalls im Recht, derjenige Sinnzusammenhang, der alle anderen Sinnzusammenhänge zusammenschließt. Auch bei der Ermittlung des Sachverhalts ist sie es, die alles auf seine Folgerichtigkeit überprüft. 44

Das schließt nicht aus, dass man logische Fehler begeht, etwa eine *petitio principii*. Ein Haftrichter äußert sich in einem Vergewaltigungsprozess über die Zeugin wie folgt: „Ich ging davon aus, dass jemand, der einen [anderen] einer solchen Straftat bezichtigt, wahrheitsgemäße Aussagen macht.“[68] Hier wird das, was zu prüfen wäre, vorausgesetzt.

Zur Rolle der Ästhetik wird noch viel zu sagen sein. In gewisser Weise ist nämlich sie das A und O des „juristischen Denkens“ – von der ersten Intuition, der ersten „Wertung“ bis zur abschließenden rechtlichen „Würdigung“ des **Falls**.[69]

2. Sprachkritik

Auch zum Thema „Sprache“ haben wir schon einiges – im Grunde sehr wenig – gesagt. Im Hinblick auf die Ermittlung das Sachverhalts können wir nun hinzufügen: Kritik ist manchmal nicht nur an der Juristen– und Rechtssprache angebracht, sondern auch an anderen Sprachen – etwa der Sprache der Politik oder der Alltagssprache. 45

Geradezu skandalös ist zum Beispiel die Verwendung des Begriffs „Rechtsstaat“ durch auch staatliche Stellen im „politischen Diskurs“. Insoweit wird mittlerweile gern gesagt, dass bei strafbaren Handlungen „der Rechtsstaat“ seine Zähne zeigen und für Ordnung sorgen müsse – der Staat als eine Art „Rechtlieferungsstaat“. Demgegenüber ist „Rechtsstaat“, wie das Grundgesetz ihn versteht, zuvörderst die

67 Sie besagt, dass Zeit und Ort eines Teilchens nicht zur gleichen Zeit gleich exakt gemessen werden können.

68 *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), S. 202.

69 Siehe auch schon *Joachim Lege*, Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens“. 36 Thesen, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2015, S. 28-36.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bezeichnung dafür, dass der Staat an das Recht *gebunden* ist, dass er sich vor dem Recht zu *rechtfertigen* hat. Er muss es nicht frei Haus liefern.[70]

Ein weiteres Beispiel sind die aktuellen Demonstrationen der „Letzten Generation", bei denen sich die Akteure mit Sekundenkleber auf der Straße fixieren, um den Verkehr lahmzulegen. Bei aller Sympathie für die Ziele und sogar für diese Form der Aktion: Es ist allmählich fragwürdig, sie als „gewaltfrei" zu bezeichnen. „Gewaltfreier" Widerstand richtet sich traditionell gegen eine andere Gewalt, zuvörderst gegen die Staatsgewalt – also etwa gegen die Straßenbahnbetriebe der Stadt oder gegen Waffentransporte. Im Fall der Klebeaktion richtet sich der Widerstand indes gegen hilflose Mitbürger, und dies sogar mit Hilfe der Staatsgewalt – nämlich unter dem Schutz der Polizei.

46 Im Übrigen könnte die juristische Methodenlehre durchaus so einiges von den Sprachwissenschaften lernen, zum Beispiel über bestimmte Begriffsstrategien (Polarisierung, Nivellierung, Umwertung, Scheinkonsens etc.).[71]

Eine Nivellierung hat sich im Sexualstrafrecht ereignet: Nach der alten Rechtslage war Vergewaltigung ein eigener Straftatbestand (§ 177 StGB) der zwei besonders schwere Tatumstände zusammenfasste: Gewalt plus Penetration. Seit 1997 ist dies nur noch eine Begehensweise unter anderen, und seit 2016 fasst § 177 StGB alles zusammen, was man sich unter „Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung" vorstellen kann. Das Ganze ist zudem derart beliebig aufgelistet, dass es nunmehr „Vergewaltigung ohne Gewalt" (Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 iVm Abs. 1 oder Abs. 2) und „sexuelle Nötigung ohne Nötigung" geben kann (Abs. 5 iVm Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1–4).[72] – Genauer § 37 Rn. 14 und 42.

Zum so genannten *Stealthing* (der Mann streift beim einvernehmlichen Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom ab) sogleich unter § 25 Rn. 15–16.

3. Ideologiekritik

47 Sprachkritik geht häufig einher mit Ideologiekritik – oder anders herum Ideologiekritik mit Sprachkritik. In konkreten Rechtsfällen dürfte dies meist eine geringere Rolle spielen als in Fragen der Gesetzgebung (und damit der „großen Politik"). Nichtsdestoweniger sind Fälle, in denen ideologisch argumentiert wird, jedenfalls im Öffentlichen Recht auch nicht ganz selten.

48 Ein aktuelles Beispiel ist die Frage der Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG – Grundgesetz) oder gar der Vergesellschaftung (Art. 15 GG) von großen Wohnungsbaugesellschaften in Berlin.[73] Hier wird auf der einen Seite mit dem Eigentum als einem heiligen

70 *Joachim Lege*, Der Rechtsstaat und ich – alles nur Gesetze? Eine Auftragspolemik in acht Teilen, in: Anwaltsblatt 12 (2019), S. 887–891.

71 Zu Unrecht wenig bekannt: *Hans Hannappel/Hartmut Melenk*, Alltagssprache, 2. Aufl., München 1984, S. 207–246.

72 *Ralf Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 177 Rn. 9.

73 Siehe hierzu nur: *Expertenkommission zum Volksentscheid „Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen"*, Abschlussbericht, 2. Aufl., Berlin 2023, online zugänglich unter file:///C:/Users/PC-Benutzer/Downloads/abschlussbericht_vergesellschaftung-grosser-wohnungsunternehmen-230627.pdf <06.02.2024>.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht[74] argumentiert („Eigentum ist Freiheit“) bis hin zum Zehnten Gebot des Christen– und Judentums („Du sollst nicht begehren deines Nächsten Haus“). Auf der anderen Seite werden die „Sozialbindung“ des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und die Überführung von Grund und Boden etc. „in Formen der Gemeinwirtschaft“ (Art. 15 GG) als verstecktes Bekenntnis des Grundgesetzes auch zum Sozialismus gewertet.[75]

Nüchtern betrachtet ist Eigentum in einem kapitalistischen Wirtschaftssystem[76] nicht nur die sozusagen persönliche Beziehung zum „eigenen Häuschen“, sondern eine Geldanlage und damit unter Umständen ein Spekulationsobjekt. Und wenn dann – nicht zuletzt unter dem Einfluss staatlicher Subventionen für die Bauwirtschaft – der Markt „nicht mehr funktioniert“, also keine gerechte Güterverteilung mehr ermöglicht, dann darf der Staat selbst in diesem Bereich die Bewirtschaftung übernehmen.

Im Bereich der „höheren Kultur“, also im Theaterbetrieb, gibt es ja auch keinen wirklichen Markt.

Besonders aktuell ist gegenwärtig der Streit um das Gender–Sternchen. Insofern wirft 49
jede Seite der anderen Ideologie vor: die Fortschrittlichen den Konservativen ein Beharren auf unbewusst transportierten Geschlechterrollen, die Konservativen den Fortschrittlichen eine Gängelung der Mehrheit im Namen einer lautstarken Minderheit. Das muss in diesem Buch – zum Glück – nicht entschieden werden.

Entschieden haben kürzlich das Landgericht Ingolstadt und das Oberlandesgericht München: Ein Mitarbeiter bei Audi kann sich nicht dagegen wehren, dass er betriebliche E–Mails in gegenderter Form erhält.[77] Damit ist deutlich gesagt, dass ein Kapitalist über die hausintern richtige Ideologie entscheiden darf.

Nur ganz nebenbei: Demokratie ist zuallererst Schutz der Mehrheit vor mächtigen 50
Minderheiten. Wenn also staatliche Behörden – als *Hoheitsträger* – für ihren Bereich ohne gesetzliche Grundlage das Gendern vorschrieben, wäre dies bedenklich: Dass Sprache etwas *Wesentliches* ist, dürften gerade die Befürworter des Genderns nicht leugnen, ohne sich selbst zu widersprechen (Logik!). Die im Hinblick auf ein Grundrecht *wesentlichen* Entscheidungen hat aber der Gesetzgeber zu treffen („*Wesentlichkeitstheorie*“[78]) – und nicht, z.B., eine Universität. Es wäre also ebenso rechtswidrig, für Seminararbeiten das Gendern verbindlich vorzuschreiben, wie es verbindlich zu verbieten.

---

74 So immerhin der letzte Artikel der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: „Da das Eigentum ein unverletzliches und heiliges Recht ist, kann es niemandem genommen werden, wenn es nicht die gesetzlich festgelegte, öffentliche Notwendigkeit augenscheinlich erfordert, und unter der Bedingung einer gerechten und vorherigen Entschädigung.“

75 In reiner Form wird dies heute allerdings, soweit ersichtlich, juristisch nicht mehr vertreten.

76 Allgemein dazu *Joachim Lege*, Besitz – Eigentum – Kapital – Vermögen, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifR) 2015, S. 23-35.

77 Landgericht (LG) Ingolstadt, Urteil vom 29.07.2022 – 83 O 1394/21 – Unterlassungsanspruch gegen Leitfaden für gendersensible Sprache bei Audi („Gender-Gap“), in: BeckRS 2022, 19421 (Beck'sche Rechtssammlung) 2022, 19421; Oberlandesgericht (OLG) München, Beschluss vom 11.07.2023 – 21 U 5235/22 –, in: BeckRS 2023, 19355.

78 BVerfGE 33, 125 – Facharztbeschluss (1972) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Selbstkritik

51 Ein letzter Punkt ist schnell abgehakt: Der „am Ende" in jedem Rechtsfall letztentscheidende Sinnzusammenhang ist ein konkreter Jurist. Wie er einen Sachverhalt ermittelt, ist daher immer ganz individuell geprägt. Umso wichtiger sind natürlich Schemata, die ihn prozessual und materiell–rechtlich zu den richtigen Fragen führen (§ 22 und § 23) – nur so können auch *viele* Juristen auf Gleichbehandlung gleicher Fälle getrimmt werden.

Einige fachphilosophische Rechtsphilosophen scheinen genau dies ganz besonders zu verachten.

52 Und doch bleibt gerade bei der Beurteilung der „Lebenswelt" – also der Sinnzusammenhänge „da draußen" so einiges an „persönlicher Wertung" übrig und möglich.

Ein schönes Beispiel ist die Haltung von Juristen zu gewissen Kampfspielen, in denen die Teilnehmer mit Pseudo–Schusswaffen gegeneinander antreten – sei es mit Geräten, die Laserstrahlen aussenden („Laserdrome"), oder solchen, die Farbkügelchen verschießen („Paintball", „Gotcha").[79] Strenge Pazifisten sehen darin eine Glorifizierung des Kriegshandwerks und wollen es daher wegen Verstoßes gegen die „öffentliche Ordnung" oder gegen die Menschenwürde verbieten (z.B. §§ 13, 16 SOG M–V). Alte weiße Männer halten es hingegen für eine harmlose Perfektionierung dessen, was man früher als Kind unter der Bezeichnung „Räuber und Gendarm" oder gar „Cowboy gegen Indianer" gespielt hat, also für eine Art Geschicklichkeits– und auch Kooperationswettbewerb. Was ist nun richtig?

Nun, beide Seiten können sich ihr „Vorverständnis" zumindest bewusst machen und dann für den konkreten **Fall** fragen, **warum** die Teilnahme anderer Menschen an solchen Spielen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung sein könnte. Die alten weißen Männer werden dann vielleicht zugeben müssen, dass nicht alle Menschen so gut zwischen Realität und Fiktion unterscheiden können wie sie selbst. Und die Pazifisten müssten zugeben, dass viele Menschen dazu sehr wohl in der Lage sind. Man wird dann vielleicht zu dem Ergebnis kommen: Die Gefahr von Gewaltverherrlichung und Verrohung besteht jedenfalls, aber auch nur dann, wenn die Schießgeräte wie echte Kalaschnikows oder andere Sturmgewehre aussehen. So dass dies, aber auch nur dies verboten werden kann.[80]

79 BVerwGE 115, 189 – Verbot eines Laserdrome wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde (2001) – (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite); der EuGH, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2004, 1471, hat dies übrigens aus Respekt vor dem nationalen Recht bestätigt. – Demgegenüber zu Paintball-Anlagen Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg, in: Neue Juristische Online Zeitschrift (NJOZ) 2010, 1997: kein Verstoß gegen die Menschenwürde, die Behörde muss die Anlage genehmigen.

80 Siehe aber zu weitergehenden Auflagen – z.B. keine Verwendung roter Farbkugeln -Verwaltungsgerichtshof (VGH) München, in: Gewerbearchiv (GewA) 2013, 218.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VI. Die Darstellung des Sachverhalts

Wir haben es eingangs schon gesagt: Die große Letztkontrolle – Kant würde vielleicht sagen: der „Probierstein“[81] – bei der Ermittlung des Sachverhalts ist seine Darstellung in sprachlicher, insbesondere schriftlicher Form (Bilder können in den Text natürlich dann integriert werden, wenn es auf sie ankommt). Letztlich muss aus ihr hervorgehen: Ja, genau so ist es gewesen, so stimmt alles „stimmig“ zusammen. 53

Das ist natürlich nicht der Fall, wenn die Darstellung Widersprüche enthält (Logik!). „Umfassend“[82] muss die Darstellung allerdings nicht in dem Sinne sein, dass man alle denkbaren Aspekte anspricht. Tatsachen, die dem Gegner nützen, muss *er* beibringen.

Im Übrigen gibt es natürlich Unterschiede zwischen einem Anwaltsschriftsatz, einer Anklageschrift[83], einer Sachverhaltsdarstellung in einem Verwaltungsakt – sie gehört zur sogenannten „Bescheidtechnik“[84] –, einem „Tatbestand“ in einem gerichtlichen Urteil oder Beschluss, einem Rechtsgutachten und so weiter. In einem zivil– oder verwaltungsgerichtlichen Urteil folgt die Darstellung zum Beispiel einem bestimmten – und sehr SINNVOLLEN – Schema (zu Schemata schon § 23): 54

- Unstreitiger Sachverhalt
- Behauptungen und Meinungen des Klägers
- Antrag des Klägers
- Antrag des Beklagten
- Behauptungen und Meinungen des Beklagten
- Prozessgeschichte (insbesondere Beweisaufnahme)

Strafgerichtliche Urteile weichen hiervon naturgemäß ab, weil es nicht zwei Parteien, sondern nur einen (oder mehrere) Angeklagte(n) gibt. Es folgt daher auf die eine und einzige Sachverhaltsschilderung sogleich die Beweiswürdigung und die rechtliche Bewertung. Das Bundesverfassungsgericht holt für seinen Sachbericht gelegentlich weit aus – etwa mit einer kurzen rechtsgeschichtlichen Einführung in das Wasserrecht[85] 55

81 *Immanuel Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), S. 250; zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band XI, Frankfurt a.M. 1977.

82 Zur „Umfassendheit“ nochmals *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 10), S. 247 f.

83 Zu deren „indem-Satz“ schon § 8 Rn. 31 f.

84 Sie entspricht als berufsspezifisches Arbeitsschema gewissermaßen der Relationstechnik (§ 22). Anleitungen findet man in den Lehrbüchern für die Fachhochschulen, z.B. *Harald Hofmann/Uta Hildebrandt/Susanne Gunia/Christian Zeissler*, Allgemeines Verwaltungsrecht – mit Bescheidtechnik, Verwaltungsvollstreckung und Rechtsschutz, 12. Aufl., Stuttgart 2022, Rn. 356–383 mit Aufbauschema Rn. 361.

In einer Vorauflage (Autoren damals *Harald Hofmann/Jürgen Gerke*, 10. Aufl. 2010) gab es beim ausformulierten Muster des Verwaltungsakts noch die Gegenüberstellung eines „nicht empfohlenen Beispiels“ in Behördendeutsch und eines „besseren Beispiels“ in verständlichem Deutsch und einen finalen „Diskussionsvorschlag“ (Rn. 335–350). Mittlerweile ist das Negativbeispiel weggefallen. Wenn man daraus schließen darf, dass die Behördensprache sich infolge eines Generationenwechsels deutlich verbessert hat, darf man sehr zufrieden sein. – Neuerdings gibt es bei den Empfehlungen zur sprachlichen Gestaltung des Bescheids auch einen Hinweis auf die (in Nordrhein-Westfalen gesetzlich vorgeschriebene) gendersensible Sprache (Rn. 357–360 [360]).

85 BVerfGE 58, 300 (302 f.) – Nassauskiesung (1981).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder in die Problematik des rituellen Schlachtens (Schächtens) im Tierschutzrecht (siehe sogleich).

56 Zwei praktische Tipps haben wir übrigens schon erwähnt:

- Man orientiere sich an der Trias von *res* – *personae* – *actiones* und beginne mit dem Eckpunkt, der für den Fall am aufschlussreichsten ist.
- Bereits die Schilderung des Sachverhalts sollte suggerieren, dass es nur eine einzige vernünftige rechtliche Lösung gibt: die vom Verfasser vertretene.

In diesem Sinn hat das Bundesverfassungsgerichts sein Urteil zum Schächten wie folgt eingeleitet: „Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war in Deutschland das Schächten als Schlachtmethode nach jüdischem Ritus weithin erlaubt (…).“[86]

VII. Resümee

57 Die §§ 24 bis 24b betrachten den **Fall** – der ja die eigentliche Realität des Rechts ist[87] – als die „Schnittstelle“ von Sinnzusammenhängen. Insofern haben wir soeben in § 24a untersucht, wie man sich als Jurist die vielen Sinnzusammenhänge erschließt, die „da draußen“ in der „Lebenswelt“ den **Sachverhalt** ergeben, der einer juristischen Entscheidung zu Grunde zu legen ist. Wir haben dabei betont, dass man insofern die „Sinnzusammenhänge der Vermittlung“ – insbesondere die Vielfalt der Sprache und die je–eigene Welt jedes Juristen (darf man sagen: seine Identität?) – nicht ganz ausblenden darf. Im nun folgenden § 24b werden wir dies noch etwas ausbauen: In welchen Sinnzusammenhängen kommunizieren Juristen generell, also ganz abgesehen von einem bestimmten Sachverhalt, miteinander und mit der nicht–juristischen Welt? Und worauf sollten sie dabei um der Wahrheit willen achten?

Denn es ist zu betonen: Es geht uns wirklich um die Ermittlung der Wahrheit – genauer: der empirischen Wahrheit. Wie hat sich alles wirklich zugetragen?

Deshalb sollte man übrigens auch nicht sagen, dass der Sachverhalt „konstruiert“ wird, das klingt nach einer gewissen Willkürlichkeit (*fake* statt *fact*). Nein, der Sachverhalt muss „aufbereitet“, das heißt: methodisch sauber „ermittelt und dargestellt“ werden – so gut es im konkreten Fall eben geht.

86 BVerfGE 104, 337 (338) – Schächten (2002).

87 *Joachim Lege*, Die Realität des Rechts ist der Fall. 56 ketzerische Thesen im Geist des Pragmatismus, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2019, S. 416–429.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 24b Diverse Faktoren der Entscheidungsfindung

Vielleicht kann man es auch so formulieren: Der **Fall**, so haben wir gesehen, ist die Schnittstelle vieler Sinnzusammenhänge. Der Sinnzusammenhang des Rechts ist nur einer davon, aber er ist in einem Rechtsfall natürlich „federführend“[1]. Wir müssen nun schauen, wie er an dieser Schnittstelle mit den **diversesten** anderen Sinnzusammenhängen kommuniziert und ob es insoweit methodische Regeln gibt.[2] 1

I. Die fachinterne Kommunikation

Auch unter Juristen gibt es durchaus verschiedene Menschen – sicher nicht die allerverschiedensten (man muss ja Jurist werden), aber doch bisweilen sehr verschiedene. 2

> Zu Ironikern und Pathetikern als Idealtypen siehe unten § 30 II. – In den 1970er Jahren war Richtersoziologie ein großes Thema. Eine Pionierarbeit von Rüdiger Lautmann (geb. 1935) trug den Titel „Justiz – die stille Gewalt“[3], und nach Hubert Rodingen (geb. 1934) kommen die Juristen überwiegend aus der erfahrungsarmen „Mittelschicht“[4].

Diese Juristen bringen, sozusagen, ihren je eigenen Sinnzusammenhang mit, oder radikaler gesagt: Sie *sind* ihr je eigener Sinnzusammenhang. Wie erreicht man nun methodisch, dass die Herangehensweise an den **Fall** nicht allzu subjektiv gerät, sondern so objektiv wie möglich? Damit es für den Rechtsunterworfenen möglichst keinen großen Unterschied macht, an welchen konkreten Richter man gerät?

1. Einzelrichter und Kollegialgerichte

Eine wichtige Möglichkeit besteht darin, das Gericht mit nicht nur einer Person, sondern mit mehreren zu besetzen – einige davon vielleicht sogar juristische Laien 3

---

1 „Federführend“ ist eine Bezeichnung aus der parlamentarischen Praxis. Wenn bei einem Gesetzentwurf oder einem anderen Projekt mehrere Ministerien beteiligt sind, ist eines davon „federführend“, koordiniert also die Zusammenarbeit aller.

2 Ähnlich der Ansatz von *Anusheh Rafi*, Kriterien für ein gutes Urteil, Berlin 2004, der sehr dezidiert den Rechtsfrieden als einziges Ziel des Urteils anerkennt und sodann neun Kriterien nennt, an denen sich die Entscheidung (um die man nicht herumkommt) orientieren kann (S. 78, 79–148); s. auch unten § 34 Rn. 1 mit Fn. 3.

3 *Rüdiger Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, Frankfurt a.M. 1972. In der Neuausgabe Wiesbaden 2011, S. 9, fasst Lautmann zusammen: „In äußerster Vereinfachung besagt die Studie: Die offiziell gegebenen Gründe eines Gerichtsurteils entsprechen nicht den‚wirklichen' Ursachen der getroffenen Entscheidung. Dieses Allgemeinergebnis wird begründet durch eine mikrosoziale Analyse, d.h. die Bausteine des Entscheidungsvorgangs werden konkretisiert. Im Einzelnen wird gezeigt, wie der Konfliktstoff rekonstruiert wird, wie der Rahmen des Rechts ausgefüllt wird, wie die Aufgaben arbeitsökonomisch bewältigt werden, wie sich Richter im Kontext der Justizorganisation bewegen usw.“

4 *Hubert Rodingen*, Pragmatik der juristischen Argumentation, Freiburg i.Br. etc. 1977, S. 37: „Der Jurist ist ganz in die Mittelschicht eingebettet. Er spricht ihre Sprache und lebt in ihrer erfahrungslosen Welt.“

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Schöffen, Geschworene). Es ist daher durchaus bedenklich, dass in Deutschland seit den 1990er Jahren immer mehr Prozesse auf den Einzelrichter übertragen wurden, insbesondere an den Landgerichten (§ 348 ZPO – Zivilprozessordnung –), wo das Kollegialprinzip weitgehend aufgegeben wurde („originärer Einzelrichter"). An den Verwaltungsgerichten (§ 6 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung –) „soll" die Kammer die einfachen Fälle in der Regel dem Einzelrichter übertragen.[5]

4 Man hört häufig: Die *Geschworenen* im angloamerikanischen Rechtsraum (die „jury") urteilen nur über die Tatfrage (also ob der Täter die Tat so begangen hat, wie man es ihm vorwirft[6]), nicht über die Rechtsfrage (also wie die Tat rechtlich einzuordnen ist). Das ist zumindest ungenau.[7] – Im deutschen Strafprozess entscheiden die *Schöffen* ohne Zweifel auch über die Rechtsfrage mit[8] (also etwa, ob es sich um eine gefährliche oder nur um eine einfache Körperverletzung handelte, § 224 oder § 223 StGB – Strafgesetzbuch –; klassischer Fall: ist der „beschuhte Fuß" eine Waffe?[9]).

5 Die Entscheidungsprozesse in Kollegialgerichten sind gesetzlich nur rudimentär geregelt (dazu sogleich mehr). Bereits erwähnt wurde, dass das „juristische Gutachten", so wie Studenten es im Studium einüben, seinen klassischen Ort genau hier hat: als Gutachten des „Berichterstatters" für die Kollegen im „Spruchkörper".

Im Übrigen sind in der letzten Zeit einige bedeutende Untersuchungen zu diesem Thema erschienen. Zu nennen sind vor allem die Arbeiten von Birke Häcker (geb. 1977), Wolfgang Ernst (geb. 1956)[10] und Gertrude Lübbe-Wolff (geb. 1953)[11] – sie ist ja nicht nur Professorin, sondern war auch Richterin des Bundesverfassungsgerichts.

Gesetzlich geregelt sind immerhin die Beratung und das Abstimmungsverhalten (§§ 192–197 Gerichtsverfassungsgesetz – GVG). Besonders schön, weil sie Machtmissbrauch verhindern und Unbefangenheit erhalten sollen, sind die Regeln in

§ 197 GVG Die Richter stimmen nach dem Dienstalter, bei gleichem Dienstalter nach dem Lebensalter, ehrenamtliche Richter und Schöffen nach dem Lebensalter; der jüngere stimmt vor

---

5 Dies ist rechtspolitisch seit jeher umstritten, und es gibt auch verfassungsrechtliche Bedenken.

6 In der Antiken Gerichtsrhetorik war dies der *status coniecturalis*, s.o. § 2 Rn. 9.

7 *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, München 2015, § 5 II Rn. 141–157.

8 § 30 GVG – Gerichtsverfassungsgesetz –: „Insoweit das Gesetz nicht Ausnahmen bestimmt, üben die Schöffen während der Hauptverhandlung das Richteramt in vollem Umfang und mit gleichem Stimmrecht wie die Richter beim Amtsgericht aus (…)."

9 Nach ganz herrschender Meinung (h.M.): in der Regel ja; nicht aber, wenn mit dem Fuß lediglich Druck auf den Hals des Opfers ausgeübt wird – das ginge auch barfuß, so Bundesgerichtshof BGH), in: Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport (NStZ-RR) 2015, 309.

10 *Birke Häcker/Wolfgang Ernst* (Hrsg.), Collective Judging in Comparative Perspective, Cambridge etc. 2020; *Wolfgang Ernst*, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten – „group choice" in europäischen Justiztraditionen, Tübingen 2016.

11 *Gertrude Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren, 2. Aufl., Berlin 2023 (870 Seiten!); frei zugänglich im Internet unter https://www.kas.de/documents/252038/16166715/Beratungskulturen.+Wie+Verfassungsgerichte+arbeiten%2C+und+wovon+es+abh%C3%A4ngt%2C+ob+sie+integrieren+oder+polarisieren.pdf/a68323e0-dd86-6b7b-202e-bd4130edb511?t=1658403065191. – Ein schönes Interview von Annelie Kaufmann mit Lübbe-Wolff vom 20.03.2023: https://www.lto.de/recht/justiz/j/verfassungsgerichte-beratungskulturen-luebbe-wolff-supreme-court-bverfg-vergleich-transparenz/ <06.02.2024>.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem älteren. Die Schöffen stimmen vor den Richtern. Wenn ein Berichterstatter ernannt ist, so stimmt er zuerst. Zuletzt stimmt der Vorsitzende.

2. Das Vier-Augen-Prinzip

Objektivität zu gewährleisten – so gut es geht –, ist aber auch in anderen juristischen Professionen nötig. In vielen Rechtsanwaltskanzleien ist es daher üblich, zumindest die größeren Fälle von mindestens zwei Kollegen bearbeiten zu lassen (Vier-Augen-Prinzip). Das Warum liegt auf der Hand: Je nach Vorverständnis kann in einem konkreten Fall mal dies, mal jenes übersehen werden. Und zwei beteiligte SINNZUSAMMENHÄNGE verdoppeln die Chance guter Ideen. 6

In Behörden kann das Vier-Augen-Prinzip zudem der Korruption entgegenwirken.

3. Die „Praxis" und die (akademische Rechts-) „Wissenschaft"

Von großer Bedeutung, wenn auch nicht immer auf einen einzigen **Fall** bezogen, ist die Kommunikation zwischen der sogenannten „Praxis", also den Richtern, Anwälten, Verwaltungsbeamten, „Wirtschaftsjuristen"[12] etc., und der sogenannten „Wissenschaft", also den an der Universität tätigen Lehrern des Rechts (Professoren, ambitionierte Assistenten). 7

Ob diese Entgegensetzung sehr „SINNvoll" ist, dazu später mehr.

Diese beiden Bereiche der juristischen Profession sind erstaunlich wenig durchlässig, vermutlich wegen des deutschen Beamtenrechts. Es kommt kaum vor, dass jemand „hauptamtlich" zwischen dem Beruf des Richters, Anwalts oder Verwaltungsbeamten und dem Beruf des Professors hin- und herwechselt. Es gibt zwar eine Reihe von „Praktikern", die an der Universität Lehrveranstaltungen anbieten, und es gibt eine Reihe von Professoren, die im Nebenamt (oder zweiten Hauptamt) Richter an einem höheren Gericht sind (z.B. Oberlandesgericht, Oberverwaltungsgericht). Generell ist die Jurisprudenz an der Universität aber von der Jurisprudenz in den „lebensnahen" Bereichen personell deutlich abgegrenzt.

Nichtsdestoweniger bestehen sehr enge Verbindungen: Es gibt jede Menge wissenschaftlicher Literatur (Aufsätze, Kommentare und Handbücher, Lehrbücher) auch von „Praktikern", und es gibt eine beachtliche Zahl an Rechtsgutachten, die von Universitätsjuristen (Professoren) für konkrete Fälle erstellt werden. „Praxis" und „Wissenschaft", diese verstanden als die Einheit von „Forschung und Lehre" (Art. 5 Abs. 3 GG 8

12 Das ist eine sehr unscharfe Bezeichnung, denn gemeint sein können Juristen in den Rechtsabteilungen von Unternehmen ebenso wie in Gewerkschaften, Verbänden usw. – Mittlerweile werden als „Wirtschaftsjuristen" auch solche bezeichnet, die keine „Volljuristen" mit Zweitem Staatsexamen sind, sondern nur das Erste Examen vorweisen können oder gar nur einen Bachelor- oder Fachhochschulabschluss. Für sie gelten, ohne dass dies eine Wertung enthält, die Ausführungen im Text nur eingeschränkt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Grundgesetz –) an den Universitäten,[13] begegnen sich daher – wohl mehr als in jeder anderen Rechtsordnung – „auf Augenhöhe".[14]

Dies ist ein großer Vorteil des Ersten und Zweiten Staatsexamens, das in aller Regel beide Seiten abgelegt haben, um die „Befähigung zum Richteramt" (§ 5 DRiG – Deutsches Richtergesetz[15]) zu erwerben. Eine Ausnahme gilt nur für alle „ordentlichen Professoren[16] der Rechte" an einer deutschen Universität: Sie sind kraft Amtes zum Richteramt befähigt (§ 7 DRiG).[17]

9 Der Vorteil dieser Symbiose liegt auf der Hand: Die „Wissenschaft" an der Universität hebt nicht ab, und sie protokolliert nicht nur „von außen", was Studenten wissen müssen. Sondern sie bleibt den konkreten **Fällen**, die nun einmal die Realität des Rechts sind,[18] eng und aktiv verbunden. Auf diese Weise bekommt die „Praxis" insbesondere der Gerichte gleichsam „von innen *und* von außen" informierte Kritik konstruktiver Art. All dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, bei der Lösung neuer Fälle auf die richtigen Ideen zu kommen.

Zur Ideenproduktion im konkreten Fall sogleich in § 25. – Wenn man so will, wird der „Schwarm" der Juristen dadurch größer und bunter – was seiner „Schwarmintelligenz"[19] zugute kommt.

10 Zudem steht die akademische Rechtswissenschaft unter einem geringeren Entscheidungsdruck. Sie hat daher idealerweise mehr Zeit, eine ganze Vielzahl von **Fällen** miteinander zu vergleichen und aufeinander abzustimmen (vgl. § 19). Idealerweise bringt sie dadurch, gerade auch zum Nutzen der Praxis, „mehr System" in den Sinnzusammenhang „Recht".

Dieser Vorteil geht natürlich verloren, wenn die „Wissenschaft" sich angesichts des Publikationsdrucks mehr und mehr zu einem bloßen Echo der Praxis entwickelt.

---

13 Dass dies ein Alleinstellungsmerkmal der Universität (als Institution) ist und bleiben sollte: *Joachim Lege*, Die Herzkammer der Wissenschaft. Das Wissenschaftssystem braucht ein Zentrum, das bahnbrechende Erfindungen mit dem wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens vermittelt. Das können nur die Universitäten sein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. September 2019 (Nr. 205), S. N4. – Nebenbei: Der Titel stammte nicht von mir, er lautete ursprünglich: „Was ist das Wissenschaftssystem, und wo sollte es sein Zentrum haben? Zugleich ein Beitrag zum Promotionsrecht". Und die Kernthese: Das Wichtigste an der Universität ist „der Student" bzw. „die Studentin" als Institution. Die Studenten sind die „strukturelle Kopplung" (§ 15a Rn. 19 mit Fn. 42) von Wissenschaft und „Restgesellschaft".

14 Das schließt nicht aus, dass beide Seiten sich mit einer Mischung aus gegenseitigem Respekt und gegenseitiger Geringschätzung begegnen. So hat etwa der Begriff „Praktikerliteratur" etwas leicht Abschätziges.

15 Wortlaut: „Die Befähigung zum Richteramt erwirbt, wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt (…)."

16 Gemeint: die Professoren und Professorinnen der höchsten Besoldungsgruppe.

17 Allerdings ist gemäß § 7 DRiG „jeder ordentliche Professor der Rechte an einer Universität im Geltungsbereich dieses Gesetzes" schon als solcher „zum Richteramt befähigt", also auch dann, wenn er kein Zweites Examen hat. In der Praxis kommt dies kaum vor.

18 *Joachim Lege*, Die Realität des Rechts ist der Fall. 56 ketzerische Thesen im Geist des Pragmatismus, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2019, S. 416–429.

19 Derzeit ein positiv konnotiertes Schlagwort, im Gegensatz zur „Psychologie der Massen" (*Gustave Le Bon*, 1841–1931). Ich will es hier nicht vertiefen.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Man muss freilich einräumen: Dieses Optimierungsmodell von „Wissenschaft" und „Praxis" funktioniert nicht immer optimal. So wird etwa eine „herrschende Meinung" (klassisches Kürzel „h.M." oder auch „hM") häufig durch Zitierkartelle geschaffen,[20] und es gibt jede Menge Interessentenliteratur, zum Beispiel Aufsätze in Fachzeitschriften, die auf bezahlten Gutachten beruhen oder von den Prozessvertretern stammen. 11

Von methodischer Sauberkeit kann man insoweit nur sprechen, wenn gerade auch die abweichenden Ansichten zitiert werden. Das Bundesverfassungsgericht hält sich nicht immer daran (zum Fall „Windkraft-GmbHs" unten § 34 Rn. 67–75).

Zum Zitieren allgemein: Angesichts der Fülle an Schrifttum und Rechtsprechung kann man Vollständigkeit nur noch selten erwarten. Vielleicht sollte man daher im konkreten Fall noch sparsamer damit umgehen – ohnehin wirkt manches Zitat eher *colorandi causa*, wirkt also eher wie Zierrat als wie Zitat. Beliebt ist auch, unproblematische Punkte mit Nachweisen zu überhäufen, während bei der entscheidenden Frage ein spärliches Zitat, vielleicht gar ein „Vgl.-Zitat", die Aussage stützt. Man rechtfertigt sich gleichsam durch den Aufwand an anderer Stelle (zu den *biases* der Wahrnehmung § 35 III und IV).

Besonders merkwürdig ist es, wenn neuerdings gar nicht mehr die Wissenschaft die Praxis kommentiert, sondern die „Praxis" sich selbst. So kommentieren etwa in der Datenbank *juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht* die Richter dieses Bundesverwaltungsgerichts ihre eigenen Urteile und erläutern deren „Bedeutung für die Praxis".[21] Sollte es nicht so sein, dass ein gerichtliches Urteil für sich selbst spricht? Weil nur das Urteil den Anspruch erheben darf, ein *autoritativer Text* zu sein? 12

Anders gewendet: Wenn Richter der Praxis Tipps geben, wie diese mit ihren Urteilen umgehen soll – dann ist dies Rechtsberatung und verträgt sich eigentlich (*proprie*) nicht mit dem Sinnzusammenhang ihres Amtes.

Zum Abschluss: Ich halte eigentlich (*proprie*) die Unterscheidung von „Wissenschaft" und „Praxis" im hier geschilderten institutionellen Sinn für völlig verfehlt. Es gibt unter den „Praktikern" ganz hervorragende Wissenschaftler und unter den Professoren viele, die weniger theorieorientiert sind. 13

Was die Juristische Methodenlehre angeht, denke ich einerseits an Hans-Joachim Strauch,[22] anderseits an Thomas M. J. Möllers.[23]

Vor allem aber ist „Wissenschaft" alles andere als ein Gegensatz zu „Praxis": Die Jurisprudenz der „Praktiker" ist ebenfalls Wissenschaft, wenn man so will: mehr oder

20 Klassischer Aufsatz: *Uwe Wesel*, hM, in: Kursbuch 56 (1979): Unser Rechtsstaat, S. 88–109; des Weiteren knapp und klar *Thomas Drosdeck*, Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle –, Berlin 1989.

21 Internet-Adresse: https://www.juris.de/jportal/nav/produkte/werk/juris-praxisreport-bundesverwaltungsgericht.jsp. – Das Format wird sogar damit beworben, dass es sich bei den Autoren „ausschließlich" um Richter des Gerichts handelt.

22 *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage (leider ohne Sachverzeichnis): Baden-Baden 2022. – Strauch war Verwaltungsrichter, u.a. am Bundesverwaltungsgericht.

23 *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023. Möllers ist Professor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Augsburg.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weniger „angewandte“ Wissenschaft (denn auch sie fragt nach rechtlicher *Richtigkeit*). Und die Jurisprudenz der akademischen „Wissenschaft“ ist ebenfalls eine Praxis, und zwar rechtliche Praxis (denn sie fragt nach *rechtlicher* Richtigkeit).

Und ob beides *gute* Wissenschaft oder *gute* Praxis ist – das ist letztlich eine Frage der Methode.

II. Kommunikation mit den „Außenwelten“

14 Wenn vom **Fall** als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen die Rede ist, ist schließlich besonders spannend die Frage, wie die Kommunikation des Sinnzusammenhangs „Recht“ mit den vielen anderen Sinnzusammenhängen der Lebenswelt gelingen kann.[24] Diese Frage ist durchaus nicht identisch mit der Frage, wie Juristen mit Laien kommunizieren können oder sollten. Wir wollen sie aber der Einfachheit halber darauf konzentrieren.

1. Kommunikation von Anwalt und Mandant

15 Die erste Aufgabe eines Rechtsanwalts ist herauszufinden, was der Mandant wirklich erreichen will und wie sich dies in rechtlichen Kategorien darstellt. Wir haben schon erwähnt, dass dies häufig schwierig ist. Es gibt hierfür auch kein Patentrezept – außer vielleicht: zuhören, nachfragen und nicht alles glauben.[25]

Was nicht bedeutet, dass der Mandant lügt. Manchmal übersieht auch er das Wichtigste gerade deshalb, weil es so selbstverständlich ist.

16 Die zweite Aufgabe ist sodann, die verschiedenen Möglichkeiten rechtlichen Handelns zu entwerfen und deren Erfolgschancen abzuschätzen.[26] Kann man eine Vertragsanpassung erreichen? Sollte man einen Vergleich vorschlagen? Muss man Klage erheben, wie hoch ist dann das Risiko? Liegt das Risiko bei der Tatfrage oder bei der Rechtsfrage? Es ist klar, dass bei all diesen Varianten auch die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten eine bedeutende Rolle spielen. Als Anwalt muss man sich sehr schnell daran gewöhnen.

Im Jura-Studium wird viel zu selten eine Sensibilität für wirtschaftliche (Sinn-) Zusammenhänge gefördert (einschließlich der allgegenwärtigen Gefahr von Korruption).

17 Die dritte Aufgabe ist dann, dem Mandanten die rechtlichen (Sinn-) Zusammenhänge zu erläutern – dies ist gewissermaßen die Rückübersetzung der ersten Übersetzung (nämlich der Interessen des Mandanten in rechtliche Kategorien). Die vierte Aufgabe lautet schließlich: mit dem Mandanten gemeinsam die Strategie festlegen.

Natürlich liegen die wahren Schwierigkeiten dann im Detail, und die anwaltliche Tätigkeit stellt sich in Strafsachen typischerweise anders dar als in privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Mandaten. Und letztlich müssen Anwalt und Mandant auch irgendwie, mit ihren jeweiligen Sinnzusammenhängen, zueinander passen.

---

24 Zur Kategorie der Gelungenheit unten §§ 33 und 34.

25 Knapp und lebensnah *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 69–77.

26 Sehr informativ: *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 25–42.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Mit ein bisschen Übertreibung lässt sich sagen, dass in Deutschland jeder Mandant die Chance hat, einen Anwalt zu finden, der intellektuell zu ihm passt.[27]

Mehr zum Thema „Rechtsberatung“ in §§ 37 bis 37c.

2. Die Kommunikation des Gerichts mit Parteien, Angeklagten usw.

Den Anwalt kann man sich aussuchen, das Gericht in aller Regel nicht – und das ist auch gut so (das rechtsstaatliche Gebot des gesetzlichen Richters findet sich in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG – Grundgesetz: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“). Umso wichtiger ist, dass alle Gerichte mit den Parteien, Angeklagten, Zeugen und sonstigen Beteiligten fair umgehen. Den wichtigsten **methodischen** Grundsatz formuliert dabei das Grundgesetz selbst: 18

> **Art. 103 Abs. 1 GG** Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

Es müssen also alle Beteiligten gleichberechtigt angehört werden – und dies am besten, ebenso wie die Zeugen, „im Zusammenhang“ (s.o. § 24a Rn. 18).

a) Unmittelbarkeit der Kommunikation

Oft äußern sich die Parteien freilich nicht selbst, sondern überlassen die Kommunikation ihren Anwälten. Im Strafprozess raten die Verteidiger ihren Mandanten sogar häufig, vor Gericht zur Sache[28] nicht selbst auszusagen. Dies ist jedenfalls dann fragwürdig, wenn das Gericht sein Bild vom Tatgeschehen hauptsächlich aus einem Polizeiprotokoll schöpft, das ein Zeuge oder der Mandant vielleicht sogar unterschrieben hat.[29] In der Praxis scheint dies häufig vorzukommen, aber im Grunde ist es ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. In der Strafprozessordnung heißt es zudem ausdrücklich: 19

> **§ 250 StPO** Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden.

---

27 *Joachim Lege*, Wozu brauchen wir ein Staatsexamen?, unveröffentlichter Vortrag, gehalten im Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen (IMPP) in Mainz (2016), unter I 4. – Das IMPP ist nach seinen eigenen Angaben im Netz „eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Als zentrale Einrichtung der Länder unterstützen die 6 Fachbereiche mit etwa 100 MitarbeiterInnen die Landesprüfungsämter bei der Durchführung der bundeseinheitlichen schriftlichen Prüfungen nach den Approbationsordnungen der Ärzte und Apotheker sowie nach dem Psychotherapeutengesetz“. Dort werden, mit anderen Worten, die Multiple-choice-Fragen entwickelt, die von den Medizinstudenten dann durch „Ankreuzen“ (nur eine von fünf Antworten ist richtig) gelöst werden.

28 Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 StPO steht es dem Beschuldigten frei, „sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache“ – Gegensatz: zur Person – „auszusagen“.

29 Harte Kritik an dieser Praxis mitsamt einer klaren Empfehlung für Zeugen und Beschuldigte, ein Polizeiprotokoll nicht zu unterschrieben und schon gar nicht handschriftlich zu korrigieren: *Ulrich Sommer*, Signatur-Renitenz. Von der richterlichen Faszination polizeilicher Vernehmungsprotokolle und wie Verteidigung sie trüben kann, in: Strafverteidiger-Forum (StraFo) 2018, 451–458 (451): „Der Einfluss polizeilicher Vernehmungsprotokolle in Strafprozess markiert mittlerweile einen skandalösen Zustand. Strafrichter haben die gesetzgeberische Idee der Unmittelbarkeit auf den Kopf gestellt und lassen sich in ihren Entscheidungen vom dokumentierten Polizeiverständnis lenken.“

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ganz in diesem Sinn plädiert die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) nachdrücklich dafür, generell die Unmittelbarkeit der Kommunikation von Gericht und Rechtsunterworfenen ernst zu nehmen. Wer nicht ausreichend zu Wort kommt, ist lediglich *Objekt* des Verfahrens – und das sollte er nicht sein.

Natürlich gibt es gelegentlich auch Querulanten, die man in die Schranken weisen muss.

b) Richterliche Fürsorge versus Unparteilichkeit

20 Ein weiteres Problem stellt sich im Zivilprozess. Dort müssen die Parteien selbst den gesamten Prozessstoff vortragen (Beibringungsgrundsatz), insbesondere alle Tatsachen nennen, die ihnen günstig sind, und nötigenfalls für sie Beweis anbieten. Auf den ersten Blick heißt dies: Der Richter mischt sich nicht ein, und wenn eine Partei schlampt, dann geht dies zu ihren Lasten: Sie verliert den Prozess.

Dies kann nun leicht zum Nachteil einer wenig prozesserfahrenen Partei geraten, vor allem, wenn sie, wie vor dem Amtsgericht möglich, anwaltlich nicht vertreten ist. Deshalb enthält die Zivilprozessordnung seit 1964 eine Vorschrift, die dem Gericht einiges an Hilfestellung erlaubt; sie lautet heute[30]:

> **§ 139 Abs. 1 ZPO** Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.

21 Es liegt auf der Hand, dass hier die Grenze zwischen Nachteilsausgleich und Bevorzugung schwer zu ziehen ist.[31]

3. Weitere Kommunikation mit Laien (insbesondere in Wirtschaft und Politik)

22 Wir haben vorhin gesagt: Die Frage, wie die Kommunikation des Sinnzusammenhangs „Recht" mit den vielen anderen Sinnzusammenhängen der Lebenswelt gelingen kann, ist nicht identisch mit der Frage, wie Juristen mit Nicht-Juristen („Laien") kommunizieren. Dies zeigt sich nicht nur dort, wo der „Rechtsstab"[32] handelt (Gerichte, Anwälte), sondern mehr noch in Bereichen, wo Juristen primär für andere Sinnzusammenhänge arbeiten, vornehmlich für die Politik (in der öffentlichen Verwaltung

30 Ursprüngliche Fassung des § 139 Abs. 1 ZPO: „Der Vorsitzende hat dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Er hat zu diesem Zweck, soweit erforderlich, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und der rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen." Die heutige Fassung wollte in der Sache nichts ändern.

31 Gerade methodologisch sehr instruktiv *Claus Dieter Classen*, Der Richter zwischen Dialog und Entscheidung. Bemerkungen zum Umgang des Richters mit den Parteien im deutsch-französischen Vergleich, in: Juristenzeitung (JZ) 2025, 581-588 – auch mit deutlicher Kritik an zu langen (deutschen) Begründungen.

32 „Rechtsstab" ist ein Fachausdruck aus der Rechtssoziologie, siehe nur *Manfred Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, passim; *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 5, auch schon ebendort § 4 Rn. 131–139 mit Hinweis auf die klassischen Stellen bei Max Weber.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einschließlich der Ministerien) oder für die Wirtschaft (in Unternehmen und deren Verbänden, in Gewerkschaften).

Wichtig: Die öffentliche Verwaltung – grob gesagt: alle Behörden – sind keineswegs Teil des Funktionssystems „Recht“, sondern des Funktionssystems „Politik“. Sie handeln primär nicht nach dem Code „rechtmäßig/rechtswidrig“ – dafür sorgt erst das richtig verstandene Rechtsstaatsprinzip –, sondern nach dem Code „zweckmäßig/unzweckmäßig“. Und ihr Ziel (oder besser: Ideal) ist nicht Gerechtigkeit, sondern das Gemeinwohl.

In all diesen „außerrechtlichen“ Bereichen haben Juristen dieselbe Übersetzerfunktion wie Anwälte und Richter auch. Allerdings müssen sie ihre Dienste den außerrechtlichen Zielen ihrer jeweiligen Organisation unterordnen – eben deshalb sind sie an die Anordnungen und Weisungen ihres Dienstherrn[33] oder Arbeitgebers[34] gebunden. (Der Rechtsanwalt ist dies, was seinen Mandanten angeht, nicht oder jedenfalls in deutlich geringerem Maß, dazu unter III.) 23

Wenn ein Beamter meint, die Weisung sei rechtswidrig, kann und muss (!) er hiergegen „remonstrieren“, d.h. sich letztlich an den nächsthöheren Vorgesetzten wenden (§ 36 Abs. 2 BeamtStG – Beamtenstatusgesetz). Ein Jurist im Angestelltenverhältnis muss rechtswidrige Weisungen grundsätzlich befolgen und kann lediglich Schutz vor dem Arbeitsgericht suchen.[35]

Wichtig ist nun allerdings: Der Zug fährt auch in die Gegenrichtung. Wenn also ein Unternehmer *meint*,[36] es könne doch wohl nicht sein, dass die Behörde ihm eine Genehmigung verweigert, die sein Konkurrent bekommen hat; oder wenn er *meint*, er müsse sein Windrad doch wohl bauen dürfen, ohne zuvor aufwendig eine GmbH zu gründen; dann kommuniziert **auch er** im Sinnzusammenhang „Recht“,[37] dann ist auch dies eine *Rechts*meinung. Er hält das Ganze, schlicht gesagt, für rechts- oder verfassungswidrig: „So geht es aber wirklich nicht!“ Dass er ein Laie ist, ändert daran nichts. 24

Der Begriff „Laie“ stammt übrigens aus dem Bereich der christlichen Religion und bezeichnet dort die einfachen Gläubigen ohne ein geistliches Amt.

Etwas ungünstiger für den Sinnzusammenhang „Recht“ liegen die Dinge im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Hier herrscht primär die Macht – nämlich die Macht, 25

33 § 35 Abs. 1 BeamtStG (Beamtenstatusgesetz); dass es dort „ihre Vorgesetzten“ heißt, ist lediglich eine Formulierungsfrage.

34 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ergibt sich aus § 106 GewO (Gewerbeordnung) oder aus dem Arbeitsvertrag (§ 611a BGB).

35 *Günter Spinner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 9. Aufl., München 2023, § 611a Rn. 938 [!]. Die Kommentare haben allerding mehr die Rechtswidrigkeit gegenüber dem Arbeitnehmer im Blick (z.B. Abordnung zu privaten Diensten für den Chef), weniger die Frage einer Rechtswidrigkeit gegenüber Dritten.

36 Nebenbei: Bei der Darstellung des Sachverhalts in einem gerichtlichen Urteil wird klar unterschieden: Die Partei *behauptet* die Tatsachen (Tatfrage), und sie *meint*, dass dies oder jenes rechtens sei (Rechtsfrage).

37 Luhmann würde sagen: Er benutzt den Code „Recht/Unrecht“ und kommuniziert dadurch im Funktionssystem „Recht“; einführend dazu *Joachim Lege*, Niklas Luhmann und das Recht. Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft, in: Christina Gansel (Hrsg.), Zu Aspekten der Systemtheorie in den Fachwissenschaften, Göttingen 2011, S. 33–51.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch allgemein verbindliche Entscheidungen[38] die Restgesellschaft nach den eigenen Vorstellungen von dem, was richtig ist, zu „gestalten". Die Frage nach dem Recht erscheint daher als sekundär: Steht das Recht dem entgegen (wir sind ja ein Rechtsstaat)? Deshalb ist die häufig beklagte Verrechtlichung aller Lebensbereiche letztlich gar nicht der Grund, sondern die Folge einer immer stärkeren Bürokratisierung: Je mehr „politisch gestaltet" wird, desto häufiger stellt sich die Frage, ob dies „rechtlich noch geht". Man hat daher Juristen lange Zeit vor allem als Bremser wahrgenommen, allerdings scheint sich dies zu wandeln: Ach, die Juristen werden das, was wir im Koalitionsvertrag ausgehandelt haben, schon irgendwie so umsetzen, dass es „rechtlich geht".

Wir haben auch schon erwähnt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sich mittlerweile von einer Schranken-Schranke zu einer verkappten Super-Ermächtigungsgrundlage entwickelt hat (oben § 15b Rn. 50). Die Politik denkt nicht mehr: Wir greifen in ein Recht ein, ist dies verhältnismäßig? Sondern sie denkt: Wir haben ein hochrangiges Ziel – welche Rechtseingriffe sind hierfür „geeignet, erforderlich und angemessen"?

26 Geradezu skandalös ist schließlich der Bedeutungswandel, den der Begriff „rechtssicher" in den letzten Jahren erfahren hat. Klassischerweise bedeutet Rechtssicherheit: Die Rechtsunterworfenen können wissen, was Recht ist (*certitudo*), und dies wird auch durchgesetzt (*securitas*). Heute bedeutet „rechtssicher", gerade auch aus der Sicht von Behörden und sonstigen Trägern öffentlicher Gewalt (Universitäten!): gerichtsfest.[39] „Wir müssen das rechtssicher gestalten" heißt: Wie verhindern wir, dass Juristen uns unsere vernünftigen Lösungen wieder kaputtmachen? – Dazu auch § 37 Rn. 64–65.

27 Juristen müssten in diesem Bereich sehr viel stärker kommunizieren, dass das Recht einen Eigenwert hat. Es ist kein bloßes Instrument der Herrschaftsausübung, mag diese so wohlwollend sein, wie sie will (bzw. denkt zu sein).

Die neue Fassung des § 177 StGB im Sexualstrafrecht (oben § 24a Rn. 46, unten § 25 Rn. 15 und § 37 Rn. 14, *42*, 48) ist geradezu eine Beleidigung des Rechts.

4. Kommunikation mit der Öffentlichkeit und den „Medien"

a) Die Medien als Konkurrent des Rechts in Sachen „Wertung"

28 Wir sind, um den Faden nicht zu verlieren, immer noch beim **Fall**, und zwar beim Fall als der Schnittstelle des Sinnzusammenhangs „Recht" mit den vielen weiteren Sinnzusammenhängen der Welt. Insofern will die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) einen geradezu **Konkurrenz**-Sinnzusammenhang nicht aussparen: die „Öffentlichkeit", wie sie in den Massenmedien hergestellt wird – zumal diese Medien in der jüngsten Zeit einen revolutionären Wandel zu verzeichnen hatten („soziale Medien").

38 Dies ist eine Definition (der Funktion) von Politik: die Herstellung kollektiv bindender Entscheidungen, vgl. etwas unscharf *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2000 (posthum), S. 83 f.

39 Bezeichnend z.B. *Boris Hoffmann*, Rechtssichere Personalauswahl in der öffentlichen Verwaltung, Heidelberg etc. 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Konkurrenz, weil die Medien ein Ort sind, an dem ebenfalls, und teilweise sehr massiv, „**geurteilt**" wird – und eben auch ver-urteilt. Insofern ist die „öffentliche Meinung" schon seit Hegel eine Art „vierte Gewalt" im Staat (der Staat bei ihm verstanden als vernünftig geordnetes Gemeinwesen, Hegel sagt dazu „sittlicher Staat"). Und das, woraus sie ihre „Gewalt" bezieht (oder auch: „Macht", im Englischen kann für beides *power* stehen), ist letztlich **Moral** – ein klassischer Gegenbegriff zum Recht („Recht und Moral"[40]).

29 Nebenbei: Vielleicht ist auch dies eine Spätfolge der christlichen Prägung Europas – Prägung, nicht etwa Identität![41] In Europa hat es Tradition, dass neben die Deutungshoheit der Politik (also neben den Kaiser) die Deutungshoheit der Religion tritt (der Papst).[42] Und dies mit dem Klerus als einem eigenen, sehr gut organisierten Verwaltungsapparat!

30 Eben deshalb haben die weltlichen Mächte ab dem Mittelalter dem **Recht** einen Freiraum geschaffen, in dem es sich zu einer Gegen-Gewalt, wenn man so will: zu einer **geistigen Macht gegen die Religion** entwickeln konnte – auf Grundlage des Corpus Iuris Civilis (als einem zweiten *big book* in Konkurrenz zur Bibel) und mit Funktionären, die an Universitäten ausgebildet wurden statt in Klöstern (Juristen in Konkurrenz zu Klerikern). Es ist kein Zufall, dass die Erfindung der europäischen Universität im Jahr 1088 im Geist des Rechts erfolgte: Bologna war zunächst nur eine Rechtsschule. Und man kann sagen: Dieses wissenschaftlich betriebene Recht steht von Anfang an in Konkurrenz zur (christlichen) Moral.

Weshalb man das Recht auch seit jeher gern lächerlich macht: etwa in der (auch Opern-) Gestalt des Doktor Bartolo.[43]

31 Wie auch immer: Das Verhältnis des Rechts zur öffentlichen Meinung – Hegel hat gesagt, sie verdiene ebenso *ge*achtet wir *ver*achtet zu werden[44] – war schon immer angespannt. Und diese Spannung scheint sich schon immer vor allem in Kommunikationen über einen konkreten **Fall** ausgelebt zu haben. Mehr überblickt der Laie eben nicht.

---

40 Allgemein dazu *Joachim Lege*, „Recht und Moral". Überlegungen zu einer altehrwürdigen Antithese, in: Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte, Boris Topornin, Dieter Wyduckel (Hrsg.), Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 217–224.

41 Zum Unterschied von Identität und Prägung im Hinblick auf ein angebliches Neutralitätsgebot *Joachim Lege*, Wirtschaft, Parlament, Religion, Respekt: Der Staat und die unsichtbaren Mächte – Zur 80. Jahrestagung der deutschen Staatsrechtslehrerinnen und -lehrer (VDStRL) vom 6. bis 8. Oktober 2021 in Mannheim (Thema „Machtverschiebungen"), in: Rechtswissenschaft (RW) 2021, 432–438 (435–437).

42 *Gerd Roellecke*, Die Entkoppelung von Recht und Religion, in: Juristenzeitung (JZ) 2004, 105–110, hält diese Trennung sogar für das Alleinstellungsmerkmal dessen, was man – geistig! – „Europa" nennt (oder heute vielleicht, aus der Sicht des Postkolonialismus, „den Westen"?).

43 Etwa in Rossinis „Der Barbier von Sevilla" (1816) und Mozarts „Figaros Hochzeit" (1786); dort ist Bartolo zwar zum Doktor der Medizin mutiert, er hat seine Wurzeln aber in dem Juristen Bartolus de Saxoferrato (1313.1357), einem der beiden großen Kommentatoren des Corpus Iuris Civilis – allerdings so, wie er in der italienischen *Commedia dell'arte* persifliert wurde.

44 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, § 318; in: Werke Band 7, Frankfurt a.M. 1970.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Berühmtestes Beispiel für die Kommunikation am Fall: Der Artikel „*J'accuse*" („Ich klage an"), den Émile Zola am 13. Januar 1898 in der Tageszeitung „L'Aurore" veröffentlichte und in dem er der französischen Justiz und Regierung im Fall Alfred Dreyfus („Dreyfus-Affäre") Rechtsbeugung vorwarf.

32 Die neueste Entwicklung der Öffentlichkeit hin zu den sogenannten „sozialen Medien" hat dieses Spannungsverhältnis teils verschärft, teils entschärft, jedenfalls verändert. Vielleicht kann man sagen: Die neuesten Entwicklungen haben das Recht und den Rest der Gesellschaft ein Stück weiter voneinander entfremdet. Und dies gerade deshalb, weil sich mit Hilfe des Internet auch Laien sehr schnell über alle möglichen rechtlichen Zusammenhänge informieren können. Dann ist es offenbar schwer vorstellbar, dass Juristen den Sinnzusammenhang „Recht" trotzdem *besser verstehen*, weil sie ihn (und wie er arbeitet) *als Ganzes* überblicken[45] – schwerer vorzustellen, als wenn es sich beim Recht um eine völlig abgeschottete *black box* handelte, in die nur Eingeweihte Einblick haben.

Ein Buch zur Einführung in die moderne Kunst trägt den Titel „Das kann ich auch!" – im Cover-Cartoon äußert diesen Satz ein Museumsbesucher. Auf dem Bild, das er betrachtet, steht in großen Lettern: „Kannst du nicht".[46]

b) Folgerungen für die juristische Methode: Im Zweifel nicht sofort

33 Für die **juristische Methode** sollte man zunächst feststellen: Auch das Recht steht, in jedem einzelnen Fall, nicht außerhalb des Sinnzusammenhangs „Öffentlichkeit". Zwar nimmt man voneinander in den meisten Fällen *keine Notiz*, genau dies hat aber durchaus eine Bedeutung, einen Sinn – bekanntlich kann man nicht nicht kommunizieren![47] –, nämlich: Recht ist, in den allermeisten Fällen, unsensationell.[48]

Luhmann hat gemeint, der „Code" der Massenmedien (die er erst spät in den Rang eines Funktionssystems erhoben hat) sei „Information/Nicht-Information".[49] Aber da irrt er: Der Code ist „Sensation/Nicht-Sensation".

Und dies – die **Nicht-Sensationalität des Rechts** – ist auch gut so. Recht *soll* eine gewisse Sachlichkeit garantieren, und dazu gehört auch: eine gewisse Emotionslosigkeit und Unaufgeregtheit. Die meisten Rechtsfälle *dürfen* daher für die Außenwelt unspannend sein.

Für die Beteiligten sind sie es natürlich in aller Regel nicht!

34 Nichtsdestoweniger steht jeder Rechtsfall potentiell unter der Beobachtung der Öffentlichkeit, und auch dies ist gut so. Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (§ 169

45 Ganz ebenso, wie ein Arzt eben auch das *Ganze* von Körper und Psyche des Menschen studiert hat, nicht nur einzelne Krankheiten.

46 *Christian Saehrendt/Steen T. Kittl*, Das kann ich auch. Gebrauchsanweisung für moderne Kunst, 5. Aufl., Köln 2007.

47 *Paul Watzlawick*, Menschliche Kommunikation (1969), 13. Aufl., Bern 2017, S. 58–60 (60).

48 Wohl dies meint schon *Platon*, wenn er in der Politeía sagt (IV 10): Gerechtigkeit ist, wenn sie denn da ist, so offensichtlich, dass wir sie gar nicht mehr sehen. Gerechtigkeit herrscht, wenn alles klappt, wenn jeder das Seine tut und sich nicht in vieles einmischt.

49 *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Zweiter Teilband, Frankfurt a.M. 1997, S. 1103 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1 Satz 1 GVG – Gerichtsverfassungsgesetz[50]) soll garantieren, dass die Gerichte nicht hinter verschlossenen Türen mit den Mächtigen gemeinsame Sache machen (Korruptionsgefahr!). Die Beobachtung einzelner sensationeller Fälle durch die klassischen Massenmedien (Rundfunk, Fernsehen, Zeitungen und Zeitschriften) lässt die beteiligten Juristen Rücksicht darauf nehmen, welche Moralvorstellungen in der Gesellschaft gerade vorherrschen (ob sie ihnen folgen, ist eine andere Frage, und je mehr Pluralismus herrscht, desto weniger riskant ist das Geschäft). Ohnehin sickern die Moralvorstellungen, die in der Öffentlichkeit gehandelt werden, mehr oder weniger bewusst in jeden einzelnen Juristen (als individuellen SINNZUSAMMENHANG) hinein.

> Niemand würde heute noch abwertende Bemerkungen über vorehelichen Sex von Frauen machen[51] – sei es nun aus Überzeugung von der Richtigkeit der gesellschaftlichen Norm (Kant würde dies Moralität nennen) oder aus Furcht vor gesellschaftlicher Sanktion (Kant nennt es Legalität[52]).

Kann man nun allgemeine Aussagen darüber treffen, wie sich diese Abhängigkeit 35
von der Öffentlichkeit **methodisch** auf die juristische Entscheidungsfindung auswirkt? Beginnt hier etwa der Bereich des „wertorientierten Denkens“, wo man mit seinem „guten Judiz“ die richtige Moral zu haben hat?

Wahrscheinlich gibt es kein Patentrezept. Nichtsdestoweniger kann man von der Funktion des Rechts her die Devise aufstellen: im Zweifel konservativ. Oder besser, weil ohne Wertung (!): **im Zweifel nicht sofort** („man muss nicht über jedes Stöckchen springen“[53]). Funktion des Rechts ist nun einmal die Absicherung von Verhaltenserwartungen, deshalb darf es sich nicht zu schnell ändern. Und *wenn* es sich ändert, sollte dies auf einer wohldurchdachten *eigenen* Grundlage stehen.

> Nach wie vor imposantes Beispiel: Die Umdeutung der Grundrechte von Freiheitsrechten in Teilhaberechte, wenn es um den richtigen Umgang mit der Umwelt geht.[54]
>
> Und nach wie vor abschreckendes Beispiel: der vorauseilende Gehorsam von Juristen gegenüber dem Nationalsozialismus.[55]

Was die neuen sogenannten **„sozialen Medien“** angeht, ist es vielleicht am einfachs- 36
ten, wenn man sie für das nimmt, was sie wirklich sind: nämlich gerade *keine* Öffentlichkeit, sondern eine Vielzahl zwar riesiger, aber doch *privater* Klatsch- und

---

50 Wortlaut: „Die Verhandlung vor dem erkennenden [!!] Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich.“

51 Aktuellere Beispiele für einen „Wertewandel“ wären etwa Homosexualität oder Queerness.

52 *Immanuel Kant*, MdS, Einleitung, A 15 (Die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1797, S. 15), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VIII, Frankfurt a.M. 1977): „Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die *Legalität* (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die *Moralität* (Sittlichkeit) derselben.“

53 Ein wichtiger Satz, wenn man seine Macht erhalten will – daher ein Lieblingssatz Angela Merkels.

54 Siehe oben § 20 Rn. 27 mit Hinweis auf *Dietrich Murswiek*, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht. Zu den überindividuellen Voraussetzungen der individuellen Freiheit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1994, S. 77–88; zuvor schon *Dietrich Murswiek*, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht. Mehr Umweltschutz durch weniger Reglementierung?, in: JZ 1988, S. 985–993.

55 Mittlerweile gibt es dazu eine reichhaltige Literatur; siehe zum Einstieg etwa *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, § 16; *Steffen Schlinker*, Rechtsgeschichte, München 2021, § 49.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tratsch-Gruppen. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Bundeskanzler oder der amerikanische Präsident sich daran beteiligen – wir sind dann mit ihm in gleicher Weise „auf Augenhöhe", wie wenn die Rektorin der Universität Greifswald mit der Bundeskanzlerin eine Flasche Wein trinkt. Rechtlich sollten, ja müssen wir diese Privatheit ignorieren.

Etwas anderes gilt natürlich, wenn Behörden wie die Polizei via Twitter (jetzt „X") Informationen an die Öffentlichkeit geben. Dann ist dies ein hoheitliches Informationshandeln, das den üblichen verwaltungsrechtlichen Anforderungen an „Realakte" genügen muss.[56]

III. Die Kommunikation zwischen Gericht und Anwalt

1. Die Doppelrolle des Rechtsanwalts

37 Wir haben vorhin nur angedeutet, dass sich die juristischen Laien, wenn sie es mit dem Rechtsstab zu tun bekommen (Gericht, Staatsanwalt), sei es nun freiwillig als Kläger oder unfreiwillig als Beklagter, häufig eines Juristen als Rechtsbeistandes bedienen, grob gesagt: eines Anwalts. Die Kommunikation eines solchen Anwalts mit dem Gericht (oder dem Staatsanwalt) ist nicht immer einfach, denn der Anwalt ist seinerseits nicht nur Vertreter des Mandanten, sondern ebenfalls ein Teil des Rechtsstabes. Oder wie die Bundesrechtsanwaltsordnung – ein Gesetz im formellen Sinn[57] – es formuliert:

§ 1 BRAO Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.

38 Diese Doppelrolle ist überaus anspruchsvoll. Man darf den Mandanten nicht enttäuschen, man darf sich aber auch bei Gericht „nicht unmöglich machen" – etwa durch eine überzogene „Krawallverteidigung". Kurz: Es muss seriös zugehen.

Insofern spiegeln die pseudodokumentarischen Gerichtsshows, die es im Fernsehen gab und gibt, „die Realität von Strafverhandlungen … nur sehr eingeschränkt wieder".[58]

Insbesondere muss man dem Mandanten im Strafprozess eintrichtern:

„Wir müssen nicht alles sagen, was wahr ist; aber alles, was wir sagen, muss wahr sein."[59]

39 Im Übrigen liegt die Hauptarbeit eines Rechtsanwalts nur scheinbar im Tatsächlichen. Zwar gilt: Wenn z.B. ein Planfeststellungsbeschluss angefochten wird – sagen wir: für eine ICE-Trasse oder gar für das Bahnprojekt „Stuttgart 21" –, dann enthält der Schriftsatz des Anwalts auf den ersten Blick nur das, was an faktischen Sachverhalten dagegen spricht: z.B. geologische Faktoren (aufquellendes Gestein), Lärmschutz, Naturschutz (Fledermäuse), billigere Alternativtrassen und so weiter. Was man nicht

56 Dazu nur *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 15 Rn. 8–13.

57 Also trotz des Namens ein Parlamentsgesetz, nicht etwa eine Rechtsverordnung (zu den Begriffen siehe oben § 14 Rn. 9, auch 36–39).

58 Ausnahmsweise einmal diese Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/Richterin_Barbara_Salesch <01.08.2023>; die wiki-Formulierung ist sehr zurückhaltend.

59 So mein Studienkollege Jürgen Körber, Rechtsanwalt in Osnabrück.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sieht: Der Anwalt muss sehr genau wissen, *warum es auf sie ankommt*, und dazu muss er die gesamte Rechtsprechung sehr gut kennen – wenn möglich sogar besser als das erkennende Gericht. Rechtsausführungen wird er daher nur dann machen, wenn er im konkreten Fall zeigen will, dass „dieser Fall anders liegt" oder „die Sache so noch nicht entschieden ist". Man will das Gericht ja nicht langweilen.

Natürlich kann es auch vorkommen, dass weniger gründliche Anwälte dem Gericht den Sachverhalt reichlich ungeordnet vortragen – nach dem Motto: Irgendwas wird schon passen, und *iura novit curia* (das Gericht kennt das Recht).[60] Und natürlich soll eine Partei nicht unter einem rechtlichen Gesichtspunkt verurteilt werden, den sie nicht kennen konnte (Stichworte: kein „Überraschungsurteil", rechtliches Gehör). Deshalb begründet der schon erwähnte § 139 ZPO auch insoweit richterliche Hinweispflichten[61] (er differenziert übrigens nicht zwischen anwaltlich vertretenen und anwaltlich nicht vertretenen Parteien). Dass hier ein gewisser Konflikt mit der Darlegungslast der Parteien besteht, haben wir schon erwähnt.

2. Anwaltliche Kreativität: Das Maastricht-Urteil

Auf der anderen Seite muss man auch als Anwalt gelegentlich sehr kreativ sein. 40
Man muss erst einmal darauf kommen, dass man als ganz normaler Bürger vor dem Bundesverfassungsgericht gegen den Vertrag von Maastricht, mit dem am 7. Februar 1992 die Europäische Union gegründet wurde, „Klage erheben" kann – genauer natürlich: Verfassungsbeschwerde. In welchem „Grundrecht oder grundrechtsgleichem Recht" sollte man denn dadurch verletzt sein?[62] Es war geradezu kühn, hierfür eine Vorschrift heranzuziehen, die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zwar genannt war (jetzt Art. 94), aber auf den ersten Blick etwas ganz anderes regelt:

Art. 38 GG (1) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.
(2) Wahlberechtigt ist, wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat; wählbar ist, wer das Alter erreicht hat, mit dem die Volljährigkeit eintritt.

Nichtsdestoweniger hat ein „Anwalt" – in diesem Fall ein Professor des Öffentlichen 41
Rechts als Prozessvertreter (Karl Albrecht Schachtschneider, geb. 1940) – aus ihr die

60 Siehe aber zu einer sehr merkwürdigen Haftung der Anwälte für Fehler des Gerichts, wenn dieses das Recht gerade nicht kennt, oben § 14 Rn. 67.

61 § 139 Abs. 2 ZPO lautet: „Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien."

62 Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG verlangt es so (Hervorhebung J.L.): „Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: (…) über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der *Behauptung* erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt *in einem seiner Grundrechte* oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte *verletzt zu sein*."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nötige Beschwerdebefugnis[63] abgeleitet, und das Bundesverfassungsgericht ist ihm gefolgt (Hervorhebungen und Ergänzungen J.L.):

> „I. Der Beschwerdeführer zu 1. hat hinreichend dargelegt, daß das Zustimmungsgesetz [zum Vertrag von Maastricht] sein Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG verletzen kann.
>
> a) **Art. 38 Abs. 1 und 2 GG** gewährleistet den wahlberechtigten Deutschen das **subjektive Recht**, an der Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages teilzunehmen (vgl. [!] BVerfGE 47, 253, 269). Im Wahlakt geht die Staatsgewalt vom Volke aus. Der Bundestag übt sodann Staatsgewalt als Organ der Gesetzgebung aus, das zugleich den Bundeskanzler wählt und die Regierung kontrolliert (Art. 20 Abs. Satz 1 und 2 GG). Art. 38 GG verbürgt **nicht nur**, daß dem Bürger das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag zusteht und bei der Wahl die verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze eingehalten werden. Die Verbürgung erstreckt sich **auch** auf den grundlegenden **demokratischen Gehalt** dieses Rechts: Gewährleistet wird den wahlberechtigten Deutschen das subjektive Recht, an der Wahl des Deutschen Bundestages teilzunehmen und dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluß zu nehmen. (…)
>
> Gibt der Deutsche Bundestag Aufgaben und Befugnisse auf, insbesondere zur Gesetzgebung und zur Wahl und Kontrolle anderer Träger von Staatsgewalt, so berührt das den Sachbereich, auf den der **demokratische Gehalt** des Art. 38 GG sich bezieht. Im Blick auf die Europäische Union und die ihr zugehörigen Gemeinschaften ermächtigt Art. 23 Abs. 1 GG den Bundesgesetzgeber, unter den dort genannten Voraussetzungen **der Europäischen Union** die eigenständige **Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen** bis zur Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG **einzuräumen** (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG). Diese Verfassungsbestimmung ist vom verfassungsändernden Gesetzgeber eigens für die europäische Integration und deren Fortgang geschaffen worden. (…) **Art. 38 GG schließt** es im Anwendungsbereich des Art. 23 GG [allerdings] **aus**, die durch die Wahl bewirkte **Legitimation** von Staatsgewalt und Einflußnahme auf deren Ausübung durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu **entleeren**, daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird.
>
> Das **[subjektive] Recht** des Beschwerdeführers aus Art. 38 GG **kann demnach verletzt sein**, wenn die Wahrnehmung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages so weitgehend auf ein von den Regierungen gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaften übergeht, daß die nach Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG unverzichtbaren **Mindestanforderungen demokratischer Legitimation** der dem Bürger gegenübertretenden Hoheitsgewalt **nicht mehr erfüllt** werden."[64]

42 Wie gesagt, darauf muss man erst einmal kommen.

Erwähnt werden muss, dass auch Rechtsanwälte als „Praktiker" am Diskurs der „Wissenschaft" teilnehmen (s.o. Rn. 7–13). Die typische Literaturgattung ist insoweit das Handbuch: Es stellt möglichst vollständig zusammen, was es an gesetzlichen Regelungen, an Rechtsprechung und Literatur „alles so gibt" – und enthält sich weitgehend der eigenen Meinung. Man will ja beide Seiten vertreten können.

---

63 *Karl Albrecht Schachtschneider/Angelika Emmerich-Fritsche/Thomas C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, in: JZ 1993, 751–760.

64 BVerfGE 89, 155 (171 f.) – Maastricht (1993) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Exkurs: Die Kommunikation mit den Studenten

Wir haben vorhin gesagt: Seit dem Mittelalter gibt es in Gestalt der Juristen eine Zunft von Funktionären, die vor allem gegen die Übergriffe der (damals christlichen) Moral eingesetzt wurde. Das Wort „Funktionäre" haben wir dabei bewusst gewählt,[65] denn das Recht ist das erste der vielen selbstständigen „Funktionssysteme",[66] in die sich die moderne Gesellschaft in Europa „ausdifferenziert" hat: Recht, Wirtschaft, Politik, Wissenschaft und so weiter[67] – und keines von ihnen repräsentiert die Gesellschaft als ganze! 43

Insbesondere nicht der Staat: Er ist lediglich das Zentrum des Systems „Politik".

Wie wird man nun ein solcher Funktionär? Die Antwort: durch das Studium an Rechtsschulen, die seit 1088 (Bologna) entstanden, sich alsbald zu „Universitäten" entwickelten und der Ursprung dessen sind, was wir Wissenschaft nennen: eine institutionell abgesichert Suche nach und Vermittlung von Wahrheit bzw. „Richtigkeit". Juristen dürfen noch heute stolz darauf sein, dass sie es sind, die den Geist (*spirit*) der modernen Wissenschaft freigesetzt haben.[68] 44

Dass dies nicht ohne Unterstützung durch die weltlichen Mächte gelingen konnte – vor allem als Arbeitgeber –, sei nicht verschwiegen.[69]

Was hat dies nun mit dem (Rechts-) **Fall** als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen zu tun? Drei Aspekte:

1. Jurist werden!

Erstens ist die universitäre Ausbildung von Juristen mehr als die Vermittlung von Wissen. Das Jura-Studium ist nicht deshalb so beschwerlich, weil man so viel trockene Paragraphen lernen muss. Es ist deshalb so schwer, weil man *Jurist werden muss* (oder natürlich, an dieser wichtigen Stelle doch einmal explizit[70]: *Juristin* oder *Jurist*in*). 45

Und wie wird man Jurist? Indem man begreift: Die Realität des Rechts ist der Fall[71] – nicht etwa das Gesetz oder gar seine Interpretation. Am **Fall** entsteht und entwickelt sich das Recht, und dies selbst dann, wenn es zu großen Systembildungen kommt (§ 19). Wenn das Recht diesen Fallbezug verliert, wenn sich Politiker zum Beispiel

65 Und das Wort „Zunft" natürlich auch: Es macht deutlich, dass diese Zunft bis heute ein „Standesrecht" hat, in dem sich ihre, wie man heute sagt, Berufsethik findet.

66 Einführend: *Lege*, Luhmann und das Recht (Fn. 37), S. 33–51.

67 Kunst, Religion, Erziehungssystem, …

68 Zur Entwicklung der Rechtsschulen bzw. Universitäten *Schlinker*, Rechtsgeschichte (Fn. 55), §§ 14 und 15.

69 Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Wiederentdeckung der Digesten und dem Gang Heinrichs IV. nach Canossa (1077) wird seltsamerweise selten betont. Dabei könnte er erklären, warum plötzlich eine so große Nachfrage nach Juristen, die am Corpus Iuris Civilis, genauer: an den Digesten ausgebildet wurden, entstand.

70 Für die Nachwelt: Zur Zeit gibt es in Deutschland einen ziemlich heftigen Streit um das „Gendern", also um die Frage, was eine geschlechtergerechte Sprache ist und wer sie benutzen sollte. Dies gilt insbesondere für das Gendersternchen, das Menschen mit einer nicht-binären Geschlechtszuordnung einbeziehen soll. Beispiel: Professor*innen, Student*innen, Richter*innen.

71 Siehe Fn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

über die „Umsetzung" von Gesetzen im konkreten Fall wenig Gedanken machen, dann „funktioniert" das Recht nicht mehr.

Ganz aktuell: Die Verschärfung des Sexualstrafrechts im Hinblick auf Kinderpornographie hatte dazu geführt, dass z.B. auch Eltern oder Lehrer, die den Inhalt von Handys ihrer Kinder bzw. Schüler weiterleiteten, um andere zu informieren oder zu warnen, mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr rechnen mussten. Deshalb lag denn auch ein Verbrechen vor, nicht nur ein Vergehen (§ 12 Abs. 1 StGB), und deshalb konnte das Verfahren auch nicht nach § 153a StPO eingestellt werden. Diese misslungenen Regelungen sollen nun wieder aufgehoben werden.[72]

46 Aus diesem Grund sollte auch die Lehre an den **Universitäten** nie den Kontakt zu den realen Fällen verlieren. Im römischen Recht des Corpus Iuris Civilis war dies schon in den Texten angelegt (wir haben das in § 19 Rn. 10 bereits erwähnt): Sie formulieren die Regeln meist nicht abstrakt, sondern mit Bezug auf ganz konkrete Lebenssachverhalte. Und im anglo-amerikanischen Rechtskreis, der weitgehend auf Fallrecht beruht, genauer: in den USA hat man die *Universitäten* dadurch satisfaktionsfähig gemacht, dass man dort den Studenten nicht nur Lösungen vortrug, sondern mit ihnen **Fälle** diskutierte.

Eingeführt hat dies an der Harvard Law School der damalige Dekan Christopher Columbus Langdell (1826–1906, Dekan von 1870 bis 1895!). Dass diese *case method* sich zugleich *sokratische Methode* nannte und außerdem dem *Pragmatismus* nahestand, zeigt, dass sie auch philosophisch offen war.[73]

2. Mehr Ermutigung zur eigenen Entscheidung

47 Zweiter Aspekt: Was die heutige Juristenausbildung in **Deutschland** angeht, so herrscht – leider – nur **scheinbar** ein starker **Fallbezug**. Zwar wird in den Klausuren des Ersten Examens von den Studenten eine „Falllösung" zu einem – unstreitigen – Sachverhalt verlangt. Allerdings sind die Aufgaben meist so gestellt, dass der Fall nur der Aufhänger für abstraktes Wissen ist: Man muss den gelernten Stoff, und das ist eine ganze Menge, wie in einem Ratespiel dem Fall zuordnen – und hoffen, dass man das Richtige trifft. Zudem muss man möglichst alle jemals zu diesem Problem vertretenen Meinungen referieren und sich dann begründet für eine davon entscheiden. Leider führt dies manchmal dazu, dass man aufgrund dieser wohlbegründeten Entscheidung andere Probleme des Falls „nicht mehr gut unterbringt".

Beispiel: Die Bearbeiter – und zwar die eigentlich besseren unter ihnen – meinten mit guten Gründen, dass im Rahmen von Verwaltungsverträgen der § 134 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) nicht entsprechend anwendbar ist (teleologische Reduktion des § 59 Abs. 1 VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz). Sie hatten dann aber die größten Schwierigkeiten, das dortige Standardproblem (Unwirksamkeit des Vertrags nur bei „qualifizierter Rechtswidrigkeit") woanders einzubauen.

---

72 Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 08.02.2024, S. 1.

73 *Andrew Hammell*, Pragmatismus vs. Idealismus, in: FAZ 30.05.2019; *Richard Dören*, Die Angst, kalt erwischt zu werden. Die sokratische Methode im Jurastudium, Legal Tribune Online (LTO) vom 13.07.2020 (https://www.lto.de/karriere/jura-studium/stories/detail/sokratischer-unterricht-jura-studium-usa-deutschland-cold-calls-angst-erwischt-werden).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kurz: Entgegen dem ersten Eindruck gibt es in der deutschen Juristenausbildung viel zu wenig „echten" Fallbezug. Viele Studenten haben daher bis zu Examen selbst die wichtigsten Entscheidungen der obersten Gerichte noch nie im Original gesehen – sondern nur die aus ihnen extrahierten abstrakten Formeln. Dies vermittelt die ganz falsche Vorstellung, das Recht habe seine Realität in eben diesen abstrakten Normen und Formeln – und die juristische **Methode** bestünde darin, diese Formeln „anzuwenden" und/oder „fortzubilden".[74] 48

Wahrscheinlich ist dies immer noch der alte Geist des BGB (Bürgerlichen Gesetzbuchs) – mit seinem Stolz auf das hohe Abstraktionsniveau.

In Wahrheit besteht die juristische Methode darin, in einem konkreten **Fall** mit Hilfe von Logik und Interpretation die richtige Kombination von Regel und Resultat zu finden – *and nothing more pretentious*. 49

Dass sich die abstrakten Formeln, wenn vom Kontext des Falls befreit, recht beliebig zu neuen Puzzles zusammenfügen lassen, haben wir schon erwähnt (§ 15a Rn. 31–36, 42 zur Patchwork-Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts).

Und wie sehr manchmal vom Resultat her konstruiert wird, wird sich noch zeigen (§§ 27 bis 29).

Das Wichtigste zuletzt: Fälle müssen entschieden werden.[75] Gerade angesichts dessen, dass die juristischen Meinungen immer zahlreicher werden, sollte man die Studenten ermutigen, im konkreten Fall genau diejenige Meinung zu vertreten, die sie persönlich für richtig halten. 50

3. Die Studenten als Schnittstelle von Recht, Wissenschaft und Gesamtgesellschaft

Dritter Aspekt: Der Clou einer Jurisprudenz als **Wissenschaft** besteht allerdings darin, nicht nur den einen Fall zu sehen (das können auch Laien), sondern ihn in den Sinnzusammenhang aller denkbaren Fälle einzuordnen – und zwar so, dass es als Ganzes „stimmig" ist. Kurz, es geht um das **System** des Rechts (an dem natürlich nicht nur die akademische „Wissenschaft", sondern auch die „Praxis" bastelt und basteln darf[76]). Wie sehr auch dies eine Frage der Logik ist, wie sehr es nur mit Hilfe übergeordneter Vorstellungen funktioniert und wie sehr es erst gelingt, wenn es den **Fällen** gerecht wird – das haben wir in § 19 zu zeigen versucht. 51

Vielleicht kann man sagen: Der Fall ist und bleibt das Erste der Rechtswissenschaft – so wie die Natur in den Naturwissenschaften. Der autoritative Text ist das Zweite, und das System ist das Dritte.

---

74 … und dabei zudem eine „Kluft" zwischen Norm und Sachverhalt zu überwinden (siehe § 3 Rn. 13, § 5 II Rn. 22, 43, 47–50, IV Rn. 121).

75 *Jörn Ipsen*, Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik, in: Martin Borowski/Stanley L. Paulson/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, Tübingen 2017, 225-238 (232): „Juristische Methodik ist daher eine Methodik des *Entscheidens*, eine *Entscheidungs*lehre, nicht (nur) eine Auslegungslehre."

76 Zum Basteln in anderem Kontext *Marietta Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 54, Baden-Baden 2018, S. 33 ff. (36 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu den Peirce'schen Kategorien von *Firstness*, *Secondness* und *Thirdness* (Qualität – Widerstand – Repräsentation) oben § 5 Rn. 77–78.

52 Für die Kommunikation des Sinnzusammenhangs „Recht" mit den **Studenten** kann man nach allem vielleicht folgende Empfehlungen aussprechen:

Erstens. Für ein Recht als Wissenschaft sind die Studenten die wichtigste **Institution** (deshalb nenne ich sie ja lieber „Studenten" und nicht „Studierende"). Die Studenten sind, eben weil sie *Jurist werden*, geradezu die Schnittstelle[77] zwischen dem **Recht**, der **Wissenschaft** und der **Restgesellschaft**.

Darauf dürfen sie übrigens stolz sein. Und es ist ein Skandal, wenn Studenten anderer Fakultäten einer Jura-Studentin den Einlass zu einer studentischen Feier verwehren, nur weil sie Jura studiert.

Zweitens. Die Universität sollte die Jurastudenten daher von Anfang an als Mitstreiter (auf Latein: Kommilitonen!) in den Sinnzusammenhängen Recht und vor allem Wissenschaft behandeln. Es ist schlicht dumm, wenn man meint, Studenten dürften noch keine eigene Meinung vertreten, weil sie ja noch zu wenig wüssten. Den Mut, sich des eigenen Verstandes zu bedienen,[78] sollte eine aufgeklärte Universität den Studenten von Anfang nahebrigen.[79]

Es wird daher mit Recht bemängelt, dass die Studenten in der deutschen Juristenausbildung eher wie dumme Schüler behandelt werden, die noch viel zu lernen haben, und weniger wie künftige Kollegen. In den naturwissenschaftlichen und technischen Fächern scheint dies anders zu sein. Allerdings müssen Juristen wohl auch mehr als alle anderen akademischen Berufe ein hohes Maß an Frustrationstoleranz entwickeln – und deshalb ist das Jurastudium vor allem auch ein Stresstest.

Ein bekannter Rechtstheoretiker, der vor dem Jurastudium ein Erststudium der Philosophie abgeschlossen hatte, hat in einer Podiumsdiskussion einmal gesagt: „Im Jurastudium habe ich **verlieren gelernt**." Dies ist, nebenbei, gerade in einer Demokratie eine sehr wichtige „Kompetenz".

Drittens. Was das Recht angeht, sollte man den angehenden Juristen immer wieder klar machen: Es hat seine Realität in den **Fällen** – und dann natürlich auch in den **autoritativen Texten**, nach denen sie entschieden werden. Natürlich muss man dann auch die wichtigsten Meinungen dazu wissen, ganz besonders im Verfassungsrecht. Weit hergeholte oder längst veraltete Mindermeinungen müssen aber nicht referiert werden. Zudem kann man sich vieles an Argumenten selbst zusammenreimen, und wenn dies gelingt, sollte es honoriert werden.

Zur Kategorie der Vertretbarkeit unten § 33 II.

Viertens. Das heutige Jurastudium ist für das Gros der Studenten keine optimale Ausbildung. Die meisten von ihnen sind – wie die meisten Menschen – „Augentiere", das heiß: Sie brauchen, um etwas zu verstehen, nicht nur abstrakte Begriffe und For-

77 Oder mit Luhmann: die strukturelle Kopplung (Fn. 13).

78 Eigentlich bedarf es keines Nachweises, es ist natürlich ein Zitat aus Kants Schrift „Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?" von 1784. Die sogenannten Querdenker von heute nehmen es gern für sich allein in Anspruch. (In meiner Studentenzeit war „Querdenker" noch ein kleines Kompliment.)

79 Deshalb bin ich nicht wenig stolz darauf, im Jahr 2020 den Universitätslehrpreis in der Kategorie „Ermutigung der Studierenden zur Eigenständigkeit" erhalten zu haben.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meln, sondern die konkrete **Anschauung** von den realen Phänomenen – im Recht also: von den realen Fällen.

> Nochmals Kant: „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind."[80]

Diese Anschauung von realen Akten, Mandanten, Spruchkörpern Beweismitteln, Verfahrensabläufen wird den deutschen Juristen viel zu spät gewährt – nämlich erst nach dem Studium im Juristischen Vorbereitungsdienst (Referendariat). Das Studium – das sind viele Jahre Trockenschwimmen, und es würden sich wahrscheinlich viele theoretische Nebel ganz schnell lichten durch einen rechtzeitigen Einblick in die **Praxis**.

> In der sogenannten Einphasigen Juristenausbildung[81] wechselten sich nach einem Grundstudium von zwei Jahren Praxisphasen und Universitätsphasen ab. Das verbesserte und verkürzte die Ausbildung.

Wie auch immer: Irgendwie steht am Ende des Jurastudiums in Gestalt jedes Juristen ein neuer, individueller SINNZUSAMMENHANG in der Welt. Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) möchte dazu beitragen, dass er weiß, was er tut – und dies vielleicht sogar mit dem richtigen *spirit* (oder wenn man so will: Pathos[82]). 53

> Und sie möchte zudem, dass auch andere Disziplinen eine Vorstellung davon bekommen, „was Juristen wirklich tun".[83]

80 Nochmals *Immanuel Kant*, KrV B 75 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1785, S. 75; „A" ist die erste Auflage), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

81 Die Einphasige Juristenausbildung wurde auf Grundlage einer Experimentierklausel im Deutschen Richtergesetz in sieben deutschen Ländern zwischen 1971 den 1984 erprobt (die begonnenen Studien konnten natürlich noch abgeschlossen werden). Im Einzelnen gab es durchaus große Unterschiede, so galten etwa Bremen, Hamburg (ein Absolvent: Olaf Scholz) und Hannover (Horst Dreier) als besonders links. Die süddeutschen Modelle Konstanz, Augsburg (Hartmut Bauer), Bayreuth und Trier waren es weniger, ebenso Bielefeld.

82 Zu Ironie und Pathos unten § 30 II.

83 Ein erster Anlauf: *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2008, S. 207–232.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 25 Der Fall als Labor für kreative Schlussfolgerungen

1 Der folgende § 25 ist in gewisser Weise das Zentrum dieses Buches – oder vielleicht besser: er ist die Große Brücke zwischen Logik und Ästhetik. Er verbindet

- das, was wir am Ende unserer Untersuchung zur Logik im Allgemeinen entwickelt hatten (Kapitel 1): die Konzeption von Abduktionen als kreativen Schlussfolgerungen,
- das, was wir sodann für die Juristische Logik als Grundriss genommen haben (Kapitel 2): den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS),
- das, was die herkömmlichen Methodenlehren unter dem Stichwort „Auslegung und Rechtsfortbildung" behandeln – wir haben es unter „Gewinnung der Regel" dargestellt (Kapitel 3),
- das, was wir bisher in diesem Kapitel 4 zur „Aufbereitung des Falls" dargestellt haben: Relationstechnik, „Schemata", Arbeit am Sachverhalt,

2 mit dem, was noch folgt und in den herkömmlichen Methodenlehren eher nicht auf den Punkt gebracht wird. Dies ist

- die – wenn man so will: ethische – Frage nach rechtlicher und juristischer Richtigkeit – wir werden sie mit Hilfe von Ästhetik beantworten (Kapitel 6 und 7);
- sie stellt sich besonders dringlich, wenn man bei einer Entscheidung „vom Ergebnis her" denkt (sogleich Kapitel 5).

* * *

3 Aber eigentlich ist auch „Brücke" keine gute Metapher (zumal sie so etwas wie eine „Kluft" suggeriert[1]). In Wahrheit agiert die **juristische Methode** immer schon in einem **Kontinuum** von Schlussfolgern (Logik), Wahrnehmung (Ästhetik) und Stellungnahme (Ethik), das gerade nicht „überbrückt" werden muss. Vielmehr muss es – wie eine Geschichte oder ein Leben – immer neu fortgeschrieben werden: letztlich durch immer neue **Entscheidungen**. Und insofern ist dann der **Fall** – jeder Fall – immer wieder eine Art von Laboratorium für mehr oder weniger **Kreativität**, genauer: für kreative **Schlussfolgerungen**, aus denen sich ergibt, wie es mit dem Recht weitergehen soll.

Von Ronald Dworkin (1931–2013) stammt die Metapher vom Recht als einer *chain novel* – einem Kettenroman.[2] Wir als Juristen schreiben diesen Roman „Recht" immer weiter fort, und es folgt dabei Autor auf Autor. Deshalb muss man wissen, was bisher geschah, und sich dann Gedanken darüber machen, welche „Zwangspunkte"[3]

1 Gegen die Metapher von einer „Kluft" zwischen Rechtsnorm und Lebenswelt oder auch zwischen Recht und Wirklichkeit schon § 3 Rn. 13, § 5 II Rn. 22, 43, 47–50 und IV Rn. 121; siehe auch § 6 Rn. 51 und 68; § 15 Rn. 4, § 15a Rn. 19; § 15c Rn. 24.

2 *Ronald Dworkin*, Law's Empire, London 1986, S. 228–238; dazu *Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis, Berlin 1988, S. 39 f.; bekannte Kritik an der Metapher: *Stanley Fish*, Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and in Literary Criticism, in: Critical Inquiry 9 (1982), S. 201–216, auch in: Stanley Fish, Doing What Comes Naturally, Durham etc. 1989, S. 89–102.

3 „Zwangspunkt" ist ein Begriff aus dem Recht der räumlichen Fachplanung, Beispiel: Autobahn- oder Eisenbahntrassen. Zwangspunkte sind demgemäß Punkte, nach denen sich der Verlauf einer Trasse richten muss, zum Beispiel ein Fels, der umfahren werden muss, aber auch Punkte, die für den weiteren Verlauf der Trasse eine Vorentscheidung enthalten. Sie spielen vor allem eine Rolle, wenn es darum geht,

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

man für die Nachfolger setzen will. (Einen toten Helden kann man nur schwer wieder zum Leben erwecken.[4])

I. Kreativität („schöpferische Momente“)

Es entspricht ganz herrschender Meinung, dass es in der Jurisprudenz, zumindest gelegentlich, auch Kreativität gibt – oder in den Worten des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG): etwas „Schöpferisches“.[5] (Die klassische Entscheidung – Soraya – werden wir in § 27 I genauer kennenlernen.) Was aber ist dieses Schöpferische, was ist Kreativität? 4

1. Kreativität: ein relativer Begriff

Im ersten Zugriff kann man sagen: „Kreativ“ bedeutet, dass jemand etwas Neues erschafft – so wie Gott den Himmel und die Erde, die Menschen und die gesamte „Schöpfung“. Allerdings kann „etwas Neues“ auf einer sehr weiten Skala *mehr oder weniger* neu sein. 5

a) Subjektive und objektive Neuheit

Zunächst kann das Neue völlig neu sein, genauer objektiv neu: Niemand zuvor hatte diesen Gedanken, diese Idee. Es kann aber auch bloß subjektiv neu sein: Es gibt diese Erfindung oder diese Idee schon. 6

Werner von Siemens (1816–1892) berichtet lebhaft von der großen Frustration, wenn man nach dem „Freudentaumel“ über eine neue Erfindung zu der Erkenntnis kommt, „daß man nur Altbekanntes in neuem Gewande gefunden hat“.[6]

---

ob sich ein Eigentümer gegen die Planung vor Gericht wehren darf, sogenannte Klagebefugnis: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann sich ein Eigentümer gegen eine heranrückende Planung, die sein Grundstück noch nicht unmittelbar betrifft, zur Wehr setzen, wenn ein Zwangspunkt geschaffen wird, der im weiteren Planungsverlauf zwangsläufig dazu führen muss, dass er in seinen Rechten betroffen wird“, so BVerwG (Bundesverwaltungsgericht), in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2012, 567 Rn. 21; im konkreten Fall wurde dies verneint.

4 Klassisches Beispiel: In der amerikanischen Fernsehserie „Dallas“ (laut wikipedia eine *prime time television soap opera*) wurde der Tod des Bobby Ewing – das war der nette Bruder des bösen J.R. – nach Zuschauerprotesten als bloßer Traum seiner Ehefrau dargestellt. Ob es in aktuelleren Serien wie „Game of Thrones“ Ähnliches gab, weiß ich nicht. Ein vorgetäuschter Tod ist der Plot von sicher mehr als einem berühmten Film und Roman.

5 BVerfGE 34, 269 (287 f.) – Soraya (1973) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]).

6 *Werner von Siemens*, Lebenserinnerungen, Berlin 1892, S. 247 f. (zitiert nach http://www.zeno.org/Naturwissenschaften/M/Siemens,+Werner+von/Lebenserinnerungen <03.02.2024>); schön auch S. 98 zum Erfinder-Charakter seines Bruders Friedrich.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Den Begriff „Eigentumsaufopferung", den ich 1990 vorgeschlagen habe,[7] hatte Lerke Schulze-Osterloh (geb. 1944) schon 1980 verwendet[8] – was ich nicht bemerkt hatte.

b) Die Erfindungshöhe

7 Im Patentrecht hat die Relativität von Kreativität sogar einen Namen: „Erfindungshöhe". Eine Erfindung kann nur dann patentiert werden, wenn sie nicht lediglich eine naheliegende Verknüpfung schon vorhandenen technischen Wissens ist. Im Patentgesetz heißt es dementsprechend:

> **§ 4 PatG** Eine Erfindung gilt als auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhend, wenn sie sich für den Fachmann nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt.

Natürlich kann man auch außerhalb des Patentrechts von eher großen und eher kleinen neuen Ideen sprechen. In der deutschen Jurisprudenz neigt vor allem die Rechtsprechung der obersten Gerichte gelegentlich zu großen bis sehr großen Erfindungen.

Als Beispiele haben wir in § 19 kennengelernt: im Strafrecht den übergesetzlichen Notstand, im Zivilrecht das Anwartschaftsrecht, im Öffentlichen Recht das Gebot der Rücksichtnahme. Oder man denke, etwas kleiner, an die Drei-Stufen-Theorie des BVerfG (§ 10 Rn. 19).

8 Was die akademische Rechtswissenschaft betrifft, so dürfen deren Erfindungen, um akzeptiert zu werden, in aller Regel nicht allzu neu sein.[9]

Die kühne Begründung der Beschwerdebefugnis im Fall Maastricht (§ 24b Rn. 40–41) hat sich nur deshalb so gut durchgesetzt, weil das BVerfG ganz offensichtlich „an den **Fall** ranwollte".[10]

2. Kreativität und Wertung: etwas völlig anderes (Aliud)

9 Eines der Leitmotive[11] der NJML (Neuen Juristischen Methodenlehre) ist die Frontstellung gegen nicht weiter kritisierbare „Werte", die man zu haben hat. Wir greifen es an dieser Stelle kurz wieder auf, weil die Befugnis des Richters zu derartigen „Wertungen" häufig damit gerechtfertigt wird – auch vom BVerfG –, dass es im Recht eben die besagten „schöpferischen" Elemente gibt.

Genau besehen beruht diese Auffassung wohl auf einem synästhetischen Missverständnis (§ 15c Rn. 75–77): Es werden (a) die Unbestimmtheit von Begriffen, (b) das Unvorhersehbare des Kreativen und (c) die Emotionalität des Wertens in den großen Topf des „Genaues-weiß-man-nicht" geworfen und dort mehr oder weniger gleichgesetzt.

Dass ein *je ne sais quoi* auf Ästhetik verweist: dazu unten § 31 Rn. 30.

---

7 *Joachim Lege*, Enteignung und „Enteignung", in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 864 (869 f., 872).

8 *Lerke Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der Eigentumsopferentschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht, Berlin 1980, durchgehend.

9 Ich denke an mein Marktmodell zur Eigentumsdogmatik (§ 19 Rn. 31).

10 Die Formulierung stammt – ganz allgemein gemeint – von einem ehemaligen Bundesverfassungsrichter.

11 Leitmotive sind charakteristisch für die Opern Richard Wagners (1813–1883) und für den Roman „Buddenbrooks" (1901) von Thomas Mann (1875–1955); sie können durchaus nerven.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Demgegenüber lässt sich klar kontern: 10

> Im Recht ist *jede* Kreativität „wertend" – ganz ebenso aber auch jede *Nicht*-Kreativität, also jedes Beharren auf dem Alten.[12]

Anders gewendet: Kreativität und Wertung, das ist ein *aliud*, d.h. etwas völlig anderes.[13]

3. Kreativität als Sache der Logik

Ganz entgegen den herkömmlichen Methodenlehren – und gewiss auch entgegen dem Selbstverständnis der Gerichte – besteht die NJML mit einem weiteren Leitmotiv darauf, dass Kreativität und Logik gerade *kein* Gegensatz sind. Auch Kreativität ist *immer schon* in logische Schlussfolgerungen eingebunden: Deduktionen, Induktionen, Abduktionen. 11

Kurz: Logik, Logik, Logik.

Wir haben diese These im Zweiten Teil dieses Buchs sehr genau begründet: in den §§ 4 bis 7 für die Logik im Allgemeinen, in den §§ 8 bis 12 für die juristische *„working logic"*. Im Folgenden wollen wir das Wichtigste kurz rekapitulieren und um Einiges von dem anreichern, was uns auf dem weiteren Weg (§§ 14 bis 24) begegnet ist. Zudem wollen wir einige Ausblicke auf das einflechten, was noch folgt.

Es wird sich dabei zeigen, dass letztlich immer der **Fall** das Laboratorium für kreative Schlussfolgerungen ist. 12

II. Kreative Schlussfolgerungen I: Induktionen

Beginnen wir mit den Kreationen, die sich auf einer geringen Erfindungshöhe abspielen, indem sie lediglich das schon vorhandene rechtliche Wissen auf einen **neuen Fall** anwenden. (Ob dieser Fall nur subjektiv oder auch objektiv neu ist, spielt keine Rolle.) Logisch besehen handelt es sich um – mäßig neue – Induktionen (§ 6 II). Die erste Form ist das, was man in der Jurisprudenz Subsumtion nennt. Die zweite Form ist Verallgemeinerung durch Kreation eines neuen Oberbegriffs. 13

1. Subsumtion (qualifizierende Induktion)

Das Wichtigste zur Subsumtion dürfte sein: Sie ist gerade nicht ein Automatismus, gerade nicht eine mechanische Operation, die man einem „Subsumtionsautomaten"[14] überlassen könnte. Die Subsumtion ist vielmehr ein aktiver Prozess, bei dem durchaus eine Überraschung herauskommen kann – ein „Geschöpf" (Kreatur), das der bisherigen Erwartung zuwiderläuft. 14

---

12 Mit anderen Worten: Ob kreativ oder nicht-kreativ, dass macht im Hinblick darauf, ob „gewertet" wird, keinen praktischen Unterschied. Es ist insoweit eine sinnlose Frage (zur pragmatischen Maxime § 5 I Rn. 14–17). – Zur Sinnlosigkeit oder besser: zur fehlenden Sinnhaftigkeit der Folter in den Hexenprozessen siehe § 24a Rn. 28.

13 In der Tendenz wie hier, aber mit anderem Ansatz (Kritischer Rationalismus, Karl Raimund Popper): *Johann Braun*, Deduktion und Invention, Tübingen 2016, 7 f. und durchgehend.

14 Bekanntes Werk: *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

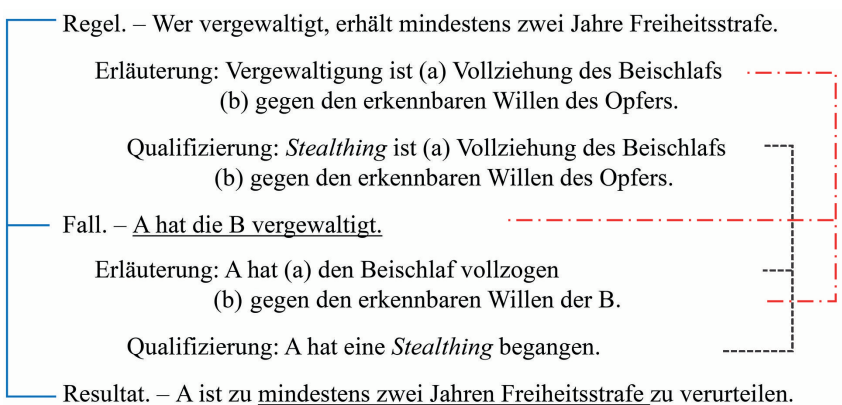
15 Beispiel: das in § 24a Rn. 46 bereits erwähnte sogenannte *Stealthing* (englisch *stealthy*: heimlich, verstohlen). Ein Mann streift beim einvernehmlichen Geschlechtsverkehr das Kondom ab – obwohl dessen Verwendung Teil der Absprache war. Nach der neuen Fassung des § 177 Strafgesetzbuch – StGB – erfüllt dies den Tatbestand der Vergewaltigung, nämlich die folgenden beiden Tatbestandsmerkmale: (1) sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen der anderen Person, (2) Vollziehung des Beischlafs (§ 177 Abs. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB). Man folgert insofern im Wege der qualifizierenden Induktion:

Regel. – Vergewaltigung ist (a) Beischlaf (b) gegen den Willen des Opfers.
Fall. – A hat (a) den Beischlaf ausgeübt (b) gegen den Willen des Opfers/der B.
./. Resultat. – A hat die B vergewaltigt.

Genauer betrachtet ist allerdings in diesen „Subsumtionsschluss" ein weiterer (Qualifikations-) Schluss eingebaut, der sich verkürzt als „**Indem-Satz**"[15] formulieren lässt und in dem erstmals die konkrete Tat ins Spiel kommt:[16]

Fall. – A hat, *indem* er beim Geschlechtsverkehr mit der B ein *Stealthing* beging, (a) denBeischlaf ausgeübt (b) gegen den Willen der B.

16 In der Langfassung kommt dann der folgende Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) heraus:[17]



blau = der Justizsyllogismus [links]
rot = der Subsumtionssyllogismus [ganz rechts]
schwarz = der Qualifizierungssyllogismus [halbrechts]

15 Dazu schon § 8 Rn. 31 f.
16 Noch genauer betrachtet ist es schon eine Abduktion, nämlich ein Zusammenschluss von zwei Schlüssen; dazu schon § 6 Rn. 46.
17 Siehe auch schon § 8 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies ist nun in der Tat eine überraschende logische Kreation – nämlich eine Vergewaltigung ohne Gewalt.[18] 17

Und man kann sich durchaus fragen, ob dieser **Fall** „wertungsmäßig" das Gleiche ist wie ein Beischlaf, der mit Gewalt erzwungen wird (was erheblichen körperlichen Schmerz verursacht).[19] Dabei sollte die „Wertung" nicht zuletzt auch darin bestehen, nach der Angemessenheit der *Rechtsfolge* (mindestens zwei Jahre Gefängnis) zu fragen. Falls man zur Unangemessenheit kommt, muss man weiter fragen, ob das Gesetz nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG – Grundgesetz – verstößt: Es behandelt Ungleiches gleich (zum Gleichheitssatz des Art. 3 GG schon § 15b Rn. 3–4, 79–82).

Logisch betrachtet gehört dies in den größeren Themenkreis „Regeln aufeinander abstimmen" (§ 18).

2. Die Bildung von Fallgruppen (quantitative Induktion)

Ein wenig größer ist die Erfindungshöhe, wenn aus mehreren Einzelfällen eine **Fallgruppe** gebildet wird. Wir haben dies vor allem beim Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen, insbesondere mit Generalklauseln wie „Treu und Glauben" oder „öffentliche Ordnung" erläutert (§ 15a Rn. 54–60, 65–68). Hier wird aus den einzelnen Fällen ein gemeinsames Merkmal „extrahiert" und auf diese Weise – logisch gesehen – ein neuer Oberbegriff gebildet, unter den man dann subsumieren kann. 18

Beispiel für einen solchen Oberbegriff: *venire contra factum proprium*, d.h. Handeln in Widerspruch zu eigenem Vorverhalten. Beispiel für Fälle, die sich darunter subsumieren lassen: Der Arbeitgeber widerspricht der Eigenkündigung des Arbeitnehmers und überredet ihn zum Verbleib im Betrieb – kurze Zeit später kündigt er ihm selbst. Nur ausnahmsweise treuwidrig soll es hingegen sein, wenn man einen Arbeitnehmer aus einem anderen Arbeitsverhältnis abwirbt und ihm alsbald kündigt. Das Risiko einer Kündigung innerhalb der Wartezeit liege grundsätzlich beim Arbeitnehmer.[20]

Auch dies ist noch nicht sehr kreativ.

III. Kreative Schlussfolgerungen II: Abduktionen

„Wirkliche" Kreativität kommt, grob gesagt, dann ins Spiel, wenn sich etwas ändert (wenn also nicht nur ein neuer Fall eingeordnet oder ein neuer Oberbegriff gebildet wird). Im Lichte der Logik geschieht dies im Wege der sogenannten Abduktion – dies ist die dritte Form des Schlussfolgerns neben der Deduktion und der Induktion. 19

18 Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGH), in: NJW 2023, 701–702, hat in einem Stealthing-Fall die Verurteilung des Angeklagten wegen sexuellen Übergriffs (§ 177 Abs. 1 StGB – Strafgesetzbuch) bestätigt, aber auch eine „Verwirklichung des Regelbeispiels nach § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB" (also im Sinn des Gesetzes eine „Vergewaltigung") für möglich gehalten.

19 Nebenbei: Der 5. Strafsenat des BGH, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2023, 340–343, hat eine besonders schwere Vergewaltigung in einem Fall bejaht, in dem es nicht (mehr) zum Beischlaf kam (das Opfer hatte unbemerkt einen Notruf absetzen können), sondern nur zum Oralverkehr. Der Angeklagte hatte das Opfer mit einem Küchenmesser bedroht. Strafe: drei Jahre.

20 *Stefan Greiner*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2022, KSchG (Kündigungsschutzgesetz), § 1 Rn. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Deduktionen sind formal zwingende Schlüsse („Alle Menschen sind Tiere; A ist ein Mensch; also ist A auch ein Tier). *Induktionen* begründen lediglich eine Vermutung („Alle Menschen sind Tiere; A ist ein Tier; also ist A auch ein Mensch").

* * *

20 Was nun die „Abduktion" angeht, ist zunächst eine Warnung angebracht: Der Begriff und das Konzept sind nicht gerade „herrschende Meinung" (h.M.) – weder in der juristischen Methodendiskussion noch in der Fachphilosophie. Die Abduktion ist vielmehr eine Entdeckung des amerikanischen Philosophen Charles Sanders Peirce (1839–1914), und es besteht keine Einigkeit, was man genau darunter zu verstehen hat.

Wie die NJML die Abduktion interpretiert, haben wir in § 6 und auch in den §§ 8 (VJS) und 9 (Subsumtion) sehr genau dargelegt.

21 Wir wollen insoweit nun nicht alles wiederholen. Vielmehr wollen wir sogleich *in medias res* gehen und zeigen, warum man den **Fall** geradezu als das Laboratorium für solch kreative Schlussfolgerungen (Abduktionen) begreifen kann. Hierzu muss man als Wichtigstes nur wissen:

- Man gehe erstens aus von der Schlussfolgerung „Regel – Fall – Resultat".
- Abduktionen schließen von *einem* dieser Bestandteile auf die *beiden* noch fehlenden.

Genau besehen, hier aber zu vernachlässigen, geschieht dies durch den Zusammenschluss von Schlussfolgerungen.

22 – Demgemäß gibt es drei Spielarten der Abduktion (§ 6 III): vom Resultat her, von der Regel her und vom Fall her.

Die erste Spielart ist typisch für die Naturwissenschaft (Beispiel: Kepler sucht die „richtige" Bahn des Planeten Mars), die zweite typisch für die Geisteswissenschaft (Beispiel: Wie soll man den Satz deuten, dass eher ein Kamel durch ein Nadelöhr geht als dass ein Reicher in den Himmel kommt?). Die dritte schließlich ist typisch für die Jurisprudenz: Ist es wirklich ein Fall von Gewalt, wenn Klimaschützer eine Autobahn blockieren?

23 Wir haben allerdings betont, dass in allen Wissenschaften alle drei Arten von Abduktionen zusammenspielen, und können dies im Folgenden für die Jurisprudenz bestätigt sehen.

1. Innovation durch Interpretation des „Falls" (Abduktion „vom Fall her")

24 Wie gesagt: Typisch für die Jurisprudenz ist die Abduktion „vom Fall her". Wenn wir meinen, dass ein Mensch, der seine Angehörigen aus Liebe tötet, nicht „heimtückisch" handeln kann, dann deuten wir *vom Fall her* das Tatbestandsmerkmal „Heimtücke" in § 211 StGB entsprechend um (Schluss auf eine neue *Regel*) – und sprechen ihn vom Vorwurf des Mordes frei (Schluss auf das *Resultat*).

Detailliert dazu schon in § 3 zum Fall des städtischen Beamten, der Geld veruntreut hatte und nun seiner Familie Schmach ersparen wollte.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass man auch am Ergebnis ansetzen kann, zeigt ein weiterer, sehr berühmter Heimtücke-Fall; dazu sogleich § 27 II – Türkischer Onkel.

Oder: Wenn wir meinen, dass eine gewaltlose Aktion, hier ein Sitzstreik, bestraft werden sollte (Schluss auf das *Resultat*), dann deuten wir *von diesem Fall her* das Tatbestandsmerkmal „Gewalt" in § 240 StGB entsprechend um (Schluss auf die neue *Regel*). 25

Dazu schon in § 8 zum Laepple-Urteil und in § 10 Rn. 28 zur überaus kühnen „Zweite-Reihe-Rechtsprechung" des BGH.

Ebenfalls zu den Abduktionen „vom Fall her" zählen schließlich die Konstellationen, in denen *Regeln* – mit Blick auf bestimmte *Resultate* – für nicht ganz passende Fälle angepasst oder gar neu erfunden werden. 26

Beispiele für Anpassung sind die Analogie, etwa wenn der Verkäufer zwar nicht einen Mangel arglistig verschweigt (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB), wohl aber arglistig eine bessere Beschaffenheit vortäuscht (Tachomanipulation); oder die telelogische Reduktion des § 181 BGB, wenn Eltern ihren Kindern etwas schenken (siehe § 16 Rn. 10 und Rn. 51).

Zum Spezialfall des Einfügens ungeschriebener Tatbestandmerkmale siehe den Fall „Bundestagsauflösung" (§ 15a Rn. 79 und § 16 Rn. 48–49).

Beispiel für Erfindungen sind etwa das Anwartschaftsrecht und der übergesetzliche Notstand (§ 17). Sie markieren schon den Übergang zu den Abduktionen „von der Regel her".

Man erinnere sich: „Die Logik" ist ein großes Kontinuum.[21]

2. Innovation durch Interpretation der „Regel" (Abduktion „von der Regel her")

Es kann nämlich, wenn nicht nur ein einzelner Fall, sondern eine ganze **Vielfalt von Fällen** zu beurteilen ist, nötig werden, sich zur Interpretation der *Regel* dergestalt etwas Neues einfallen zu lassen, dass man diese Vielfalt besser sortiert bekommt. Letztlich geht es darum, all diese **Fälle** und **jeden einzelnen Fall** sinnvoll einzuordnen –, und das heißt letztlich: mit Blick auf ein sachgerechtes *Resultat*. 27

Anders gewendet: Es geht auch hier darum, von *einem* der Sätze der Schlussfolgerung, nämlich *von der Regel* her, auf die beiden anderen zu schließen, d.h. sowohl auf den *Fall* („ist ein Fall von") als auch auf das *Resultat*.

Insofern haben wir zunächst gesehen, dass es bei konkurrierenden Regeln sehr sinnvoll sein kann, sie durch möglichst treffende Definitionen möglichst klar voneinander abzugrenzen – was durchaus eine weit über den Einzelfall hinausreichenden „**Theorie**" erfordern kann. 28

Beispiel war die Abgrenzung von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (§ 15a Rn. 31–36 und § 19 Rn. 18–35). Dass dabei die Theorie von einem wenig bekannten Einzelfall[22] inspiriert war, sei nicht verschwiegen.

---

21 Siehe etwa § 5 IV Rn. 121 (Habermas`Aggregatzustände), § 6 Rn. 68, 71–72; § 15b Rn. 64 („Die Logik höret nimmer auf").

22 BVerfGE 18, 315 – Marktordnung für die Milchwirtschaft (1965).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nachtrag: Dass im Wort „Definition" das Wort „Grenze" steckt (lateinisch *finis*), haben wir in § 15a Rn. 13–18 noch gar nicht erwähnt.[23]

29 Fraglich ist allerdings, ob man insbesondere zu knappen Texten immer gleich große „Theorien" entwickeln sollte, statt sich mit einer am Einzelfall orientierten Fallgruppenbildung voranzutasten.

Zur Abwägungsfehlerlehre des Bundesverwaltungsgerichts siehe § 15a Rn. 61–64, auch § 15b Rn. 52–56; wir werden in § 28 II noch einmal darauf zurückkommen. – Davon zu unterscheiden ist übrigens die verfassungsrechtliche „Abwägung" (§ 18 Rn. 83–94)!

Zur Dreistufentheorie des BVerfG schon § 10 Rn. 19.

30 Andererseits kann es natürlich auch vorkommen, dass man ein neues Gesetz – eine ganz neue Regel – zu kommentieren hat und sich dazu etwas einfallen lassen muss (nämlich Fälle und Resultate).

So hat sich Günter Dürig (1920-1996) für die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG – Grundgesetz) an Kant erinnert[24] („der Mensch hat keinen Preis, der Mensch hat eine Würde"[25]) und von dort her in Anlehnung an den kategorischen Imperativ (dritte Fassung) die noch heute nützliche (aber oft überstrapazierte) „Objektformel" geprägt: Der Mensch darf nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden. Dann lagen die einschlägigen *Fälle* auf der Hand: Folter, Entrechtung. Und natürlich das *Resultat*: nie wieder!

Zum Anwendungsfall Embryonen/Präimplantationsdiagnostik schon § 5 Rn. 4, 17, 21, 93.

3. Innovation durch Interpretation des „Resultats" (Abduktion „vom Resultat her")

31 Eine letzte Form kreativen Schlussfolgerns ist im Laboratorium des Falls eigentlich unzulässig – sozusagen ein *no go*. Gemeint ist die Änderung des rechtlichen *Resultats* nicht durch Änderung seiner Voraussetzungen – also durch neue Interpretation der *Regel* oder neue Interpretation des *Falls* –, sondern dadurch, dass man dieses *Resultat* ganz einfach nicht akzeptiert.

So im schon angekündigten Fall des türkischen Onkels (mehr dazu § 27 II) und im schon erwähnten Fall „Herrenreiter" (§ 16 Rn. 5).

---

23 Immerhin in § 10 Rn. 27 am Rande, dass im Griechischen das Wort *hóros* sowohl „Grenze" als auch „Definition" bedeutet; mit einem Augenzwinkern kann man daher sagen: „Begriff" kommt von „begrenzen".

24 In der ersten Kommentierung des Art. 1 GG im damaligen „Maunz/Dürig"-Kommentar zum Grundgesetz (1958). – Mittlerweile wird Dürigs Anteil an dieser Entwicklung geringer eingestuft und auch seine Kant-Rezeption kritisch betrachtet, siehe *Friederike Wapler*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 1 Rn. 64. – Der „Dreier" wird seit der 4. Aufl. von Frauke Brosius-Gersdorf herausgegeben, firmiert aber nach wie vor unter diesem Namen.

25 Kurzformel für *Immanuel Kant*, GMS (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785), S. 76–79; in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ein *no go* ist es natürlich deshalb, weil der Richter und überhaupt alle Rechtsunterworfenen an Recht und Gesetz *gebunden* sind (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG[26]) – man kann sich nicht „ganz einfach", wenn das Ergebnis nicht passt, darüber hinwegsetzen. 32

Dass man trotzdem gelegentlich Entscheidungen „contra legem" für zulässig hält, haben wir erwähnt (§ 16 Rn. 55), und wir werden – Stichwort „Herrenreiter" – darauf zurückkommen (§ 27 I).

IV. Überleitung zum Kapitel 5

Wir haben gesagt: Man kann sich, wenn das Ergebnis nicht passt, nicht „ganz einfach" über das (bisherige) Recht hinwegsetzen. Nichtsdestoweniger ist auch dies etwas, was Juristen gelegentlich tun – vielleicht tun müssen, wenn das Gewissen sie dazu treibt (das ist ein ernstes Argument) oder wenn sie es so für politisch klüger halten (das ist gefährlich). Wie auch immer, es ist jedenfalls „nicht ganz einfach" – daher wollen wir nun in Kapitel 5 schauen, wie man es methodisch bewerkstelligen kann. 33

Um schon ein Stichwort zu liefern: „Wunsiedel".

26 Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden." Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 GG: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 5: Die Manipulation des Ergebnisses

Der Dritte Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) entfaltet, um dies in Erinnerung zu rufen, *en detail* die Struktur und Konstruktion des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS): Regel, Fall, Ergebnis.[1] Demgemäß haben wir in Kapitel 3 zunächst ausführlich dargestellt und untersucht, wie man **Regeln** gewinnt, gemäß denen ein Rechtsfall entschieden werden kann. 1

Dass nach einer *Regel* entschieden wird, ist geradezu das Wesen des Rechts.

Wir haben sodann in Kapitel 4 gezeigt, wie der „**Fall**" vom vorgefundenen Lebenssachverhalt zum Rechtsfall transformiert wird.

Auch die Rechtswelt ist „alles, was der Fall ist" (frei nach Wittgenstein).[2]

Wenn nun das folgende Kapitel 5 durchaus pointiert mit „Die Manipulation" des Ergebnisses überschrieben ist, dann soll dies betonen, welche Bedeutung das **Ergebnis** für den zu finden-den Syllogismus als Ganzes hat. Um die Antwort vorwegzunehmen: Das Ergebnis spielt *immer* eine Rolle. Nur ausnahmsweise dürfen wir aber alles, was wir bisher wussten, um eines anderen Ergebnisses willen über Bord werfen. Immerhin sollten wir dann aber das Ergebnis ganz offen korrigieren – wobei es, wie wir sehen werden, verschiedene Lösungen gibt (§ 27). 2

1 Erläuterung seiner logischen Struktur: oben § 8.

2 *Ludwig Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus (1922), Frankfurt a.M. 1963, Ziffer 1 (erster Satz des Traktats).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 26 Ergebnis – welches Ergebnis?

1 Zuvor müssen wir uns in Erinnerung rufen, dass ein rechtliches Ergebnis immer mindestens zwei Seiten hat: Es hat eine erste Bedeutung im Kontext des Rechts und der Rechtswissenschaft (dass deren beider Perspektiven sich nicht völlig decken, werden wir in § 33 II genauer untersuchen, Stichwort „Vertretbarkeit"). Das Ergebnis hat eine zweite Bedeutung in der, wie manche sagen, „Lebenswelt"[1] – der Terminus ist aber nicht glücklich gewählt, denn auch das Recht „lebt" (Luhmann-Freunde mögen an die Autopoíesis des Rechts denken.[2])

2 Klarer ist es daher zu sagen: Die zweite Bedeutung des rechtlichen Ergebnisses bezieht sich auf denjenigen Sinnzusammenhang der Welt, den das Recht gerade bewusst regelt – oder auch auf mehrere solcher Sinnzusammenhänge (zum Begriff § 5 Rn. 40–59). Die §§ 1353 ff. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) über die Ehe haben sowohl einen höchstpersönlich-intimen Sinn (Verpflichtung zweier Menschen zur ehelichen Lebensgemeinschaft) als auch einen wirtschaftlichen Sinn (Unterhalt, eheliches Güterrecht).

I. Rechtsfolgen und Außerrechts-Folgen („Realfolgen", Kollateralfolgen)

3 Darüberhinaus haben rechtliche Ergebnisse gelegentlich auch „mittelbare" Folgen – Folgen, an die der Entscheider (Gesetzgeber, Richter) gar nicht gedacht haben mag. Oder aber er denkt sehr wohl an sie, will dies jedoch aus mehr oder weniger guten Gründen nicht offenlegen. Für diese weiteren, „mittelbaren" Folgen hat Gertrude Lübbe-Wolff (geb. 1953) den Terminus „Realfolgen" vorgeschlagen.[3]

4 Vielleicht ist es nun etwas kleinlich, aber weil ich das Recht für ebenso real halte wie die Politik, die Kunst oder den Fußball, möchte ich lieber den neutralen Terminus „Folgen außerhalb des Rechts" oder kurz „Außerrechts-Folgen" verwenden. Gemeint ist damit gerade nicht die eben erwähnte unmittelbare Kopplung[4] eines Rechtsbegriffs mit der sonstigen Realität, etwa die Verkoppelung des § 433 BGB[5] mit einem „realen" Kaufvertrag, genauer: mit der „realen" Erfüllung dieses Kaufvertrags durch (1) „reale" Lieferung der konkreten Kaufsache und (2) „reale" Überweisung des als Kaufpreis geschuldeten Geldes auf das Konto des Verkäufers. Gemeint sind vielmehr die sozusagen mittelbaren oder Fernfolgen in weiteren Sinnzusammenhängen.

---

1 *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl, Frankfurt a.M. 1994, S. 107 f.

2 Autopoietische Systeme – das sind, sehr unscharf gesagt: alle „Lebewesen" – produzieren sich fortgesetzt selbst (griechisch *autós* = selbst, *poiein* = machen, anfertigen, daher die Poesie); im Detail etwa *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 196 f.: Organische Systeme operieren im Medium „Leben", psychische Systeme im Medium „Bewusstsein", soziale Systeme im Medium „Kommunikation" – das System „Recht" z.B. unter dem Code „Recht/Unrecht". – Die Idee der Autopoiesis stammt von zwei chilenischen Biologen: *Humberto Maturana/Francisco Varela*, Der Baum der Erkenntnis (original 1984), Bern etc. 1987. Nebenbei: griechisch *bíos* = Leben.

3 *Gertrude Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgeerwägungen in der juristischen Begriffs- und Regebildung spielen?, Freiburg i. Br. etc. 1981.

4 Zum systemtheoretischen Begriff „strukturelle Kopplung" siehe § 15a Rn. 19 mit Fn. 42; auch § 19 Rn. 8.

5 Wortlaut: § 433 BGB (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. (…) (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Käuferschutz im Fernabsatzhandel (insbesondere online-Handel) hat zum Beispiel eine ganze Reihe auch negativer Folgen. Natürlich ist es schön, dass man eine gekaufte Ware ohne Begründung wieder zurückschicken kann (Widerruf innert 14 Tagen nicht vergessen, §§ 312g, 355 BGB!). Dass dies den stationären Einzelhandel vor Ort schwächt, ist allerdings mehr als wahrscheinlich. Hinzu kommt ein erheblicher Flächenverbrauch (für die Lagerhallen) und eine Steigerung des Lieferverkehrs (der so gut wie immer auf der Straße erfolgt).[6]

Vielleicht könnte man sogar von **Kollateralfolgen**[7] sprechen? 5

Ein schönes Beispiel für politische Folgenorientierung in einem Unrechtsstaat wird berichtet über Elisabeth Selbert, eine der „Mütter des Grundgesetzes“. Selbert (SPD) durfte in der Zeit des Nationalsozialismus aufgrund eines glücklichen Zufalls weiter als Anwältin arbeiten. Sie und ihre Kollegen hatten von den Konzentrationslagern gewusst und sich daher mit einigen Strafrichtern dergestalt abgesprochen, dass diese gegen ihre Mandanten eine Gefängnisstrafe verhängten, um sie vor dem Zugriff der Gestapo (Geheime Staatspolizei) zu schützen.[8] Dies zeigt, nebenbei, einmal mehr den Charakter des NS-Regimes als „Doppelstaat“[9]: Es gab nach wie vor eine einigermaßen normale Strafrechtspflege („Normenstaat“) und daneben – unberechenbar – einen „Maßnahmenstaat“ mit willkürlichen Verhaftungen, Folter, Deportation und so weiter. 6

Das Hauptverdienst Selberts ist, nebenbei: Sie hat die uns heute selbstverständliche Formulierung des Art. 3 Abs. 2 GG (Grundgesetz) – „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ – gegen große Widerstände „durchgeboxt“, letztlich mit Hilfe eines *shit storms*.[10] Der Entwurf von Herrenchiemsee hatte noch gelautet: „Männer und Frauen haben die gleichen *staatsbürgerlichen* Rechte und Pflichten.“ Dies hätte an der *zivil*rechtlichen Ungleichbehandlung in der Ehe (mit dem Mann als deren „Oberhaupt“) nichts geändert.

II. Entscheidungsfolgen und Anpassungsfolgen („Steuerungswirkung“)

Ein wenig quer zu der eben genannten Unterscheidung liegt eine weitere, die ebenfalls Lübbe-Wolff vorgeschlagen hat: Entscheidungsfolgen und „Adaptationsfolgen“ oder, wie ich sie nennen will: Anpassungsfolgen.[11] *Entscheidungsfolgen* sind die Folgen der 7

6 Für einen ersten Eindruck: https://www.bmuv.de/jugend/wissen/details/online-shopping-und-das-problem-mit-der-nachhaltigkeit; eher apologetisch https://www.umweltbundesamt.de/presse/pressemitteilungen/klimabilanz-von-online-ladenkauf-das-produkt <20.02.2024>.

7 In Anlehnung an die sogenannten Kollateralschäden bei bewaffneten Konflikten – im Klartext vor allem: die Opfer der Zivilbevölkerung. Der Terminus „Kollateralfolge“ ist offenbar gängig in der anglophonen Kriminologie, siehe *Axel Dessecker*, Kollateralfolgen von Strafen, in: Klaus Boers/Marcus Schaerf (Hrsg.), Kriminologische Welt in Bewegung, Mönchengladbach 2018, S. 476–486.

8 *Antje Dertinger*, Elisabeth Selbert: ein selbstbestimmtes Frauenleben, in: Hans Eichel/Barbara Stolterfoht (Hrsg.) Elisabeth Selbert und die Gleichstellung der Frauen. Eine unvollendete Geschichte, Kassel 2015, S. 15–17.

9 Klassisch *Ernst Fraenkel*, Der Doppelstaat, Frankfurt a.M. 1974 (zuerst englisch: The Dual State, 1940).

10 *Karin Gille-Linne*, Verdeckte Strategien. Herta Gotthelf, Elisabeth Selbert und die Frauenarbeit der SPD 1945–1949, Bonn 2011, S. 276–353.

11 *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen (Fn. 3), S. 139 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

konkreten Entscheidung, z.B. die verhängte Strafe (Rechtsfolge) und deren Folgen für den Täter, aber auch für z.B. seine Familie („Realfolge").

Anpassungsfolgen sind demgegenüber die Folgen, die sich nicht nur im konkreten Fall, sondern generell in Reaktion auf die Regel, nach der entschieden wurde, einstellen. Klassisches Beispiel ist die sogenannte Generalprävention im Strafrecht, das heißt: die Abschreckungswirkung der Strafe für andere Menschen. Man kann dies auch eine Steuerungswirkung nennen.

8 Ein klassisches Beispiel für Fehlsteuerung stammt aus der britischen Kolonialzeit in Indien. Die Kolonialmacht hatte eine Prämie für jede getötete Kobra ausgelobt. Die Inder begannen daraufhin, Kobras zu züchten.[12]

Ein Beispiel für die Steuerung der Motivation von Beamten „von außen" ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Staatshaftung bei abgelehnten Genehmigungen im Bau- und Bodenrecht. Wenn sich vor Gericht, und sei es erst in der dritten Instanz, herausstellt, dass die Versagung einer Genehmigung rechtswidrig war, dann hat der Eigentümer des Grundstücks gegen den Staat für die Zeit seit Antragstellung einen Anspruch auf Entschädigung, der – etwa in Form des Ersatzes von Kreditzinsen – in die Hunderttausende gehen kann (klassischer Fall: „Reichenau").[13] Und der Eigentümer hat diesen Anspruch auch dann, wenn dem Beamten kein Verschulden vorzuwerfen ist, wenn, mit anderen Worten, dessen Entscheidung *vertretbar* war (zu dieser Kategorie unten § 33 II), ja sogar, wenn die unteren Instanzen dem Beamten noch Recht gegeben hatten. Die Steuerungswirkung liegt auf der Hand: Im Zweifel wird der Beamte in Zukunft zu Gunsten des Eigentümers entscheiden.[14]

Zum dogmatischen Hintergrund: Ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat aus sogenannter Amtshaftung setzt gemäß § 839 Abs. 1 BGB (i.V.m.[15] Art. 34 GG) voraus, dass der Beamte „vorsätzlich oder fahrlässig" (Oberbegriff: schuldhaft) seine Amtspflicht verletzt hat. Über dieses Verschuldenserfordernis (und damit über das Gesetz) setzt sich der BGH hinweg: Er gewährt dem Eigentümer einen Anspruch aus dem sog. „enteignungsgleichen Eingriff", hier in der Fallgruppe des sog. „qualifizierten Unterlassens".[16] Für diesen Anspruch gibt es freilich keine gesetzliche Grundlage.

12 Siehe etwa *Holger Rogall*, Volkswirtschaftslehre für Sozialwissenschaftler, Wiesbaden 2006, S. 179. – Ob es sich bei diesem Beispiel um eine historische Tatsache handelt oder um einen modernen Mythos, sei dahingestellt; in der zweiten, erheblich erweiterten Auflage des Buches findet es sich nicht mehr.

13 BGHZ 136, 182 – Grundstückverkehrsgesetz/Insel Reichenau (1997) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite) mit Anmerkung von *Joachim Lege*, in: Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes (LM), GrundG Art. 14 (Cc) Nr 62 (11/1997); der „Zinsschaden" belief sich auf 241.222,05 DM.

14 *Joachim Lege*, System des deutschen Staatshaftungsrechts, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2016, 81 (81, 88).

15 Abkürzung für: in Verbindung mit.

16 Explizit so benannt in BGHZ 170, 260 (274 Rn. 34, in Anführungszeichen) – Grundbuchamt (2007). Im Grundsatz Zustimmung bei *Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013, S. 308–311; ablehnend *Lege*, Staatshaftungsrecht, in: JA 2016, 81 (88).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wir haben hier also schon ein vorweggenommenes Beispiel für die – verdeckte – Manipulation des Ergebnisses (dazu § 29): Statt zur Rechtsfolge „keinerlei Schadensersatz" kommt man zur Rechtsfolge „durchaus Entschädigung".[17] 9

Was Lübbe-Wolff angeht, so plädiert sie letztlich sehr dafür, die „Realfolgen" bei der juristischen Regel- und Begriffsbildung stärker zu berücksichtigen. Dies betrifft sowohl die Entscheidungsfolgen als auch und noch mehr die Anpassungsfolgen. Sie würden allzu häufig vernachlässigt.[18] 10

Beispiele: Wäre bei Bauunternehmern ein vollständiger Gewährleistungsausschluss zulässig, dann wäre dies eine Katastrophe für die Allgemeinheit. – „Adaptationssinn" des § 393 BGB („Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig") ist die Verhinderung von Selbstjustiz: Man soll z.B. als Vermieter nicht *mit* einer Forderung auf rückständige Mietzahlung (§ 535 Abs. 2 BGB) *gegen* eine Forderung des Mieters aufrechnen dürfen, die dadurch entstehen würde, dass man ihm eins auf die Nase gibt (§ 823 BGB). Man müsste ihm also auch dann Schadensersatz und Schmerzensgeld zahlen, wenn er die Miete weiterhin schuldig bleibt.

III. Zur Terminologie

Abschließend wird man die „Folgen", die bei einer rechtlichen Entscheidung entstehen, so zusammenfassen können: 11

- dogmatische Folgen (im Sinnzusammenhang „Recht")
- Entscheidungsfolgen, das sind
  - erstens die konkret angeordnete Rechtsfolge,
  - zweitens die konkreten tatsächlichen Folgen der Rechtsfolge, man könnte sie als „tatsächliche Entscheidungsfolgen" bezeichnen,
- „gesellschaftliche" Anpassungsfolgen, „Kollateralfolgen".

Allerdings muss dies an dieser Stelle nicht vertieft werden. Denn wenn im Folgenden aus Sicht der Methode von „Manipulation des Ergebnisses" die Rede ist, dann ist damit präzis nur gemeint: ein mehr oder weniger offensichtliches Herumbasteln an der **Rechtsfolge**, wenn diese „vom **Ergebnis** her" – welchem auch immer – nicht zu passen scheint.

17 Hauptunterschied: Voller Schadensersatz umfasst auch den entgangenen Gewinn (§§ 249, 252 BGB). Bei der Entschädigung ist dies nicht der Fall, siehe nur *Patrick Reinert*, in: Hau/Poseck, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) BGB, Stand 01.11.2022, § 839 Rn. 267.

18 *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen (Fn. 3), S. 143 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 27 Offene Korrektur des Ergebnisses

1 Diese Manipulation des Ergebnisses (also der Rechtsfolge) kann mehr oder weniger offen geschehen. Dabei darf nicht verwundern, dass eine offene Korrektur selten geschieht: Es mindert das Vertrauen in das Recht, wenn wegen unpassender Ergebnisse „schnell mal" eine Ausnahme gemacht wird („ja, Bauer, das ist ganz was anders", § 4 Rn. 9).

I. Von „Herrenreiter" zu „Soraya": Korrektur des Gesetzes („Tatbestandslösung")

2 Die wohl bekannteste Entscheidung, in der ein Gericht mit offenem Visier ein Ergebnis korri-giert hat, das von Gesetzes wegen vorgegeben war, ist der „Herrenreiter-Fall" des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 1958.[1] Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die daran anschließende weitere Rechtsprechung im Fall „Soraya" (1973) bestätigt; dieser Fall ist ebenfalls, allerdings etwas weniger, berühmt.[2] Dass beide Fälle zugleich für einen der größten – und bis heute fortbestehenden – Gesetzgebungsskandale der Bundesrepublik stehen, werden wir am Ende (Rn. 18) sehen.

3 Für die Methodenlehre ist der Fall „Soraya" die wohl schönste Entscheidung des BVerfG überhaupt. Es findet sich dort insbesondere die Aussage: Ein von der grundgesetzlichen Wertung her eigentlich akzeptables **Ergebnis** verletzt dennoch die Verfassung (d.h. es ist „falsch" im Sinn von rechtswidrig), wenn es **methodisch falsch** begründet ist – wir werden sagen: wenn es „nicht-vertretbar" begründet ist (§ 33 II). Originalton (Hervorhebung J.L.):

> „Der Richter kann die Wertvorstellungen des Grundgesetzes *nicht in beliebiger Weise* in seinen Entscheidungen zur Geltung bringen."[3]

1. Die Sachverhalte und das Ergebnis

4 Im Fall „**Herrenreiter**" ging es, juristisch betrachtet, um einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens („Schmerzensgeld") nach einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (abgeleitet aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m.[4] Art. 1 Abs. 1 GG - Grundgesetz)[5]. Den Sachverhalt hat der BGH mustergültig kurz wir folgt dargestellt (Hervorhebungen J.L.):

> „Der Kläger ist Mitinhaber einer Brauerei in K. Er betätigt sich als Herrenreiter auf Turnieren. Die Beklagte ist Herstellerin eines **pharmazeutischen Präparats**, das nach der Vorstellung weiter Bevölkerungskreise auch der Hebung der **sexuellen Potenz** dient. Sie hat zur Werbung

1 BGHZ 26, 349 – Herrenreiter (1958) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite).

2 BVerfGE 34, 269 – Soraya (1973) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

3 BVerfGE 34, 269 (280) – Soraya (1973).

4 Abkürzung für: in Verbindung mit.

5 Allgemein dazu *Martin Eifert*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2015, 1181–1191; *Joachim Lege*, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, in: JURA 2002, S. 753–761 (756 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für dieses Mittel in der Bundesrepublik, u.a. auch in K., ein Plakat mit der Abbildung eines Turnierreiters verbreitet. Dem Plakat lag ein Originalphoto des Klägers zugrunde, das von dem Presseverlag S. auf einem Reitturnier aufgenommen worden war. Eine Einwilligung zur Verwendung seines Bildes hatte der Kläger nicht erteilt.“

Der Kläger sah sich dadurch der Lächerlichkeit preisgegeben. Die Gerichte sprachen ihm ein Schmerzensgeld von 10.000 DM zu. 5

Ein „Herrenreiter“ ist ein Pferdesportler, der als (meist reicher) Amateur an professionellen Turnieren teilnimmt. Bekanntester Herrenreiter war der unselige Reichskanzler Franz von Papen (1879–1969)[6]. – Ein bekannter Amateurreiter (Dressur) war auch Josef Neckermann (1912–1992), Gründer des gleichnamigen Versandhandels in der Nachkriegs-Bundesrepublik.[7]

Im Fall „**Soraya**“ ging es ebenfalls um den Ersatz immateriellen Schadens. Auch hier darf der Sachverhalt im Original zitiert werden (Hervorhebung J.L.): 6

„Der zum Axel-Springer-Konzern gehörende beschwerdeführende Verlag ‚Die Welt‘ gab früher auch die Wochenzeitschrift ‚Das Neue Blatt mit Gerichtswoche‘ heraus, die im gesamten Bundesgebiet vertrieben wurde. Beschwerdeführer zu 2)[8] ist der bis Juni 1961 geschäftsführende Redakteur dieser Zeitschrift, die besonders die Unterhaltung der Leser durch sensationell aufgemachte Gesellschaftsberichterstattung pflegt. In den Jahren 1961 und 1962 befaßte sich die Zeitschrift wiederholt unter Beifügung von Bildern mit der geschiedenen Ehefrau des Schahs von Iran, Prinzessin Soraya Esfandiary-Bakhtiary. Auf der ersten Seite der Ausgabe vom 29. April 1961 wurde unter der Überschrift ‚Soraya: Der Schah schrieb mir nicht mehr‘ ein sogenannter Sonderbericht mit einem ‚Exklusiv-**Interview**‘ veröffentlicht, welches Prinzessin Soraya einer Journalistin gewährt haben sollte. Darin waren Äußerungen der Prinzessin über ihr Privatleben wiedergegeben. Das Interview war von einer freien Mitarbeiterin dem ‚Neuen Blatt‘ verkauft worden; **es war frei erfunden**. In der Ausgabe vom 1. Juli 1961 veröffentlichte das ‚Neue Blatt‘, eingerückt in eine neue Reportage ‚Soraya – O'Brian: Prüfung der Herzen‘, eine kurze Gegendarstellung Prinzessin Sorayas, in der diese feststellte, daß das Interview nicht stattgefunden habe.[9]

Prinzessin Soraya – zu damaliger Zeit eine Berühmtheit wie heute Prinz Harry und Herzogin Meghan – klagte auf 15.000 DM Schmerzensgeld. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. 7

Nebenbei zum Prozessrecht: Eine „Klage“ bleibt auch in den Rechtsmittelinstanzen, also in Berufung und Revision, ein und dieselbe! Berufung und Revision sind davon zu unterscheidende eigenständige Verfahren, in denen, sozusagen, die Klage in eine neue Hülle gepackt wird (man denke an die russischen Puppen in der Puppe – „*Matrjoschkas*“). Daher kann Berufungs*kläger* durchaus der Beklagte des „Ausgangsverfahrens“ sein (wenn er verloren hatte); und Revisions*beklagter* der Berufungs*kläger*, wenn er dort gewonnen hatte.

---

6 Siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Franz_von_Papen <11.02.2023> (mit Bild als Herrenreiter).

7 Nebenbei: Neckermann vertrieb u.a. Motorräder der DDR-Firma „MZ“ (Motorradwerke Zschopau).

8 Für in dieser Terminologie Ungeübte: „Beschwerdeführer zu 1)“ war der Verlag.

9 BVerfGE 34, 269 (276 f.) – Soraya (1973). – Nebenbei: Wenn in den 1970er Jahren der Springer-Verlag namentlich genannt wurde, dann lag darin schon eine gewisse Vorverurteilung. Die „Springer-Presse“ galt, vor allem mit ihrer Bild-Zeitung, in intellektuellen Kreisen als reaktionär und unseriös. Berühmt das Buch von *Günther Wallraff*, Der Aufmacher: Der Mann, der bei;Bild‘ Hans Esser war, Köln 1977 (die Zwischenanführungszeichen nur auf dem Frontcover).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Das Problem

8 Das Problem mit dem Anspruch auf Schmerzensgeld bestand darin, dass ihm die damals geltende Gesetzeslage eindeutig entgegenstand (zur heutigen sogleich unter 6). So hieß es allgemein zum Ersatz „immaterieller" Schäden (= Nicht-Vermögensschäden):

> **§ 253 BGB a.F.** [alter Fassung] Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

Und sodann im Recht der unerlaubten Handlungen, auch genannt: Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB – Bürgerliches Gesetzbuch):

> **§ 847 BGB a.F.** (1) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. (…)
> (2) Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.

9 Kein Wort im Gesetz also über den Ersatz eines immateriellen Schadens bei Verletzung der Ehre oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

3. Die Argumentationen

10 Die Herrenreiter-Entscheidung wird in der Methodenliteratur häufig als *das* Beispiel für eine sogenannte Auslegung *contra legem* genannt (dazu schon § 16 Rn. 54–57). Abgesehen davon, dass die Rede von einer „Auslegung" *contra legem* eine *contradictio in adiecto* ist, also ein Widerspruch in sich selbst[10] – denn Grenze der „Auslegung" ist nach h.M. der *Wortlaut* des Gesetzes (*lex*),[11] und wenn man *gegen* ihn entscheidet (*contra*), dann ist sie eben überschritten …

… ganz abgesehen davon hat der BGH im Fall „Herrenreiter" gerade nicht von einer „Auslegung" gesprochen, sondern den Anspruch auf eine *Analogie* zu § 847 BGB a.F. gestützt, genauer: auf eine Analogie zur Freiheitsberaubung (!). Der Herrenreiter habe der Veröffentlichung seines Bildes nicht zugestimmt, daher liege eine „Freiheitsberaubung ‚im Geistigen'" vor, bei der dann auch „in gleicher Weise wie bei der körperlichen Freiheitsberaubung in der Regel eine Naturalherstellung ausgeschlossen ist".[12]

> Mit „Naturalherstellung ausgeschlossen" ist gemeint: Was einmal in der Welt ist, kann nicht rückgängig gemacht werden (Wiederherstellung „in Natur"), auch nicht

10 Genau übersetzt: ein Widerspruch (*contradictio*) im Hinzugefügten (*in adiecto*), hier: „contra legem".

11 Statt vieler *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, § 4 Rn. 37–39 mit weiteren Nachweisen; kritisch *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 310; sehr kritisch mit Schwerpunkt Verfassungsinterpretation *Otto Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, Heidelberg 1988. *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, Baden-Baden 2004, ab S. 220, arbeitet mit der Unterscheidung von semantischer und juristischer Klarheit (?). Die NJML bevorzugt einen pragmatistischen Begriff von Klarheit – ein Begriff ist, was aus ihm folgt (§ 5 I Rn. 14–17) –, dem man nur noch hinzufügen muss, dass natürlich auch die Konventionen der Sprachgemeinschaft eine Rolle spielen.

12 BGHZ 26, 349 (356) – Herrenreiter (1958).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch eine Gegendarstellung wie im Fall „Soraya“ (siehe im geschilderten Sachverhalt den letzten Satz).

11 Natürlich reichte dieser juristische Klimmzug eigentlich nicht wirklich aus, um über den entgegenstehenden Wortlaut des § 253 BGB a.F. hinwegzukommen: Schmerzensgeld gab es eben **nur** „in den durch das Gesetz [ergänze: ausdrücklich] bestimmten Fällen“. Jedoch hat sich der BGH im Jahr 1958 offenbar noch nicht getraut, die **Korrektur des Gesetzes** ganz offen vorzunehmen. Dies geschah erst – nach überaus positivem Echo in der Fachwelt – in der vom Sachverhalt her sehr ähnlichen[13] Entscheidung „Ginseng-Wurzel“ (1961): Die vom Grundgesetz anerkannte Aufwertung des „Rechtsschutzes der menschlichen Persönlichkeit und ihrer Eigensphäre“ verlange entsprechende **Rechtsfolgen.** Originaltext:

> „Die unter dem Einfluß der Wertentscheidung des Grundgesetzes erfolgte Ausbildung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wäre aber lückenhaft und unzureichend, wenn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts keine der ideellen Beeinträchtigung **adäquate Sanktion** auslösen würde. (…) Die Ausschaltung des immateriellen Schadensersatzes im Persönlichkeitsschutz würde bedeuten, daß Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen ohne eine Sanktion der Zivilrechtsordnung blieben, in der zum Ausdruck kommt, daß wesentliche Werte gestört sind und daß der Verletzer dem Betroffenen für das ihm angetane Unrecht eine Genugtuung schuldet. Die Rechtsordnung würde dann auf das wirksamste und oft **einzige Mittel** verzichten, das geeignet ist, die Respektierung des Personenwertes des einzelnen zu sichern.“[14]

12 Aber wie hält man es – das war ein Vorwurf gerade aus der Methodenliteratur[15] – dann mit der **Gewaltenteilung?** Insofern heißt es kurz darauf in der Entscheidung „Fernsehansagerin“ von 1963 – ein wirklich krasser Fall[16] – hinsichtlich der **Bindung an das Gesetz**:

> „Wird der Schutz der Würde des Menschen als vordringliche Aufgabe der Staatsgewalt und die Bindung des Richters an die Wertentscheidungen des Grundrechtskatalogs (insbesondere an Art. 2 GG) ernst genommen und nicht nur als Proklamation verstanden, so kann der Richter nicht mehr an die Entscheidung des Gesetzgebers von 1900 gebunden sein, die den immateriellen Schadensersatz derart einschränkt, daß er auch bei schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen entfällt. Denn dieser Ausschluß würde unter den heutigen Verhältnissen bedeuten, daß der Rechtsschutz der Persönlichkeit von vornherein verkümmert würde [sic] und die **Rechtsprechung resignierend** auf den Versuch einer angemessenen Restitution verzichten müßte.“[17]

13 Das **BVerfG** hat diese Rechtsprechung in der Soraya-Entscheidung schließlich auch verfassungsgerichtlich abgesegnet – mit zunächst sehr grundsätzlichen Ausführungen zum Verhältnis von **Rechtsprechung und Gesetzgebung.** Kurz zusammengefasst: Die

---

13 In diesem Fall ging es um einen Professor für Völker- und Kirchenrecht, der fälschlicherweise als Experte für die potenzfördernde Wirkung der Ginseng-Wurzel zitiert wurde.

14 BGHZ 35, 363 (367 f.) – Ginseng-Wurzel (1961) – auch im Übrigen sehr lesenswert; Hervorhebungen J.L.

15 Und zwar ausgerechnet von *Karl Larenz*, in: Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages (DJT), Band II (1959), Teil D, S. 34–37; zu Larenz‘ Rolle im Nationalsozialismus § 1 Rn. 23, § 15c Rn. 8 f.

16 BGHZ 39, 124 (127) – Fernsehansagerin (1963): In einer Illustrierten mit Millionenauflage („St.“) wurde der Eindruck erweckt, eine Fernsehansagerin sei „abartig veranlagt“ (gemeint wohl: lesbisch), weil mit 32 Jahren noch nicht verheiratet; außerdem „werden der Leserschaft die Beleidigungen vermittelt, die Klägerin passe ‚in ein zweitklassiges Tingeltangel auf der Reeperbahn‘, sie sehe aus wie eine ‚ausgemolkene Ziege‘ und bei ihrem Anblick werde den Zuschauern ‚die Milch sauer‘.“

17 BGHZ 39, 124 (131 f.) – Fernsehansagerin (1963).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsprechung sei gerade nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG; erstaunlicherweise wird Art. 97 Abs. 1 GG nicht genannt[18]). Wenn das Gesetz den Richter daher allein lasse, habe er die Befugnis zu „schöpferischer Rechtsfindung" (das Gericht setzt dies selbst in Anführungszeichen,[19] denn es ist eine eher unglückliche Formulierung, dazu sogleich unter 5; besser und ehrlicher hätte man gesagt: zur eigenständigen – wenn man will: autochthonen[20] – Rechtsfindung).

> Eine Theorieebene höher (oder tiefer?) sagt das Gericht ferner: Art. 20 Abs. 3 GG enthalte nach allgemeiner Meinung die Absage an einen „engen Gesetzespositivismus" mit seinem unerreichbaren Postulat einer „grundsätzliche[n] Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung".[21]

4. Der wahre Grund

14 Der wahre Grund der Entscheidungen von BGH und BVerfG liegt denn auch weniger auf der höchsten Ebene grundgesetzlicher „Wertung". Er liegt schlicht und einfach darin, dass „der Gesetzgeber" sich nicht dazu durchringen konnte, diese Wertungen im Erdgeschoss des einfachen Rechts[22] umzusetzen. Insofern berichtet das BVerfG:

> Nach zweimaliger Empfehlung des Deutschen Juristentags (1957 und 1964) gab es zwei Anläufe der Bundesregierung (1959) und des Bundesministeriums der Justiz (1967), die Materie in Neufassungen des § 847 BGB und des § 823 BGB zu regeln. Beide Gesetzentwürfe wurden nicht verabschiedet bzw. gar nicht erst parlamentarisch behandelt. Der Grund: „In der Öffentlichkeit" waren sie „auf lebhafte Kritik gestoßen", im Klartext: „Die Presse" war gegen sie Sturm gelaufen.
>
> So wurde etwa dem ersten Entwurf vorgeworfen, „er überspanne den Persönlichkeitsschutz zum Nachteil der Meinungs- und Pressefreiheit und belaste die Presse über das zulässige Maß mit Risiken, welche ihr die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe unmöglich mache."[23]

---

18 Wortlaut: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen."

19 BVerfGE 34, 269 (286–288) – Soraya (1973).

20 „Autochthon" bedeutet, frei übersetzt: aus eigenem, nicht abgeleitetem Recht (altgriechisch *autós* = selbst, *chthṓn* = Erde, Land, Stadt; vielleicht auch „Heimat"?).

21 Zum Positivismus bereits kurz in § 1 Rn. 21. – Dem „Positivismus" wurde in der Nachkriegszeit häufig der Vorwurf gemacht, er habe mit seinem Grundsatz „Gesetz ist Gesetz" dem nationalsozialistischen Recht nichts entgegensetzen können, ja es geradezu ermöglicht. Diese „Positivismusschuldthese" ist mittlerweile widerlegt: Es waren gerade die Positivisten, die genau wussten, dass ein Recht, das diesen Namen verdient, gewissen Standards genügen muss und sich deshalb gerade nicht den Nazis angedient haben, ja sogar von ihnen verfolgt und des Amtes enthoben wurden. – Grundlegend dazu für den Bereich des Öffentlichen Rechts: *Bettina Limperg*, Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.): Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, Heidelberg 1985, S. 44–67.

22 Für Nicht-Juristen: „einfaches Recht" ist, als Terminus technicus, der Gegensatz zum Verfassungsrecht, das ihm gegenüber den Geltungsvorrang hat (dazu bereits § 18 Rn. 40 f. und § 23 Rn. 4–7).

23 BVerfGE 34, 269 (272 f.) – Soraya (1973). – Parallelen zu aktuellen Fragen im Bereich von *free speech* in den sogenannten sozialen Medien liegen auf der Hand.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vor dieser Meinungsmacht (Springer! Bild-Zeitung!)[24] war „die Politik“ (die ja hinter dem „Gesetzgeber“ steht) offenbar eingeknickt. Da blieb „dem Recht“ in Gestalt der Judikative nichts anderes übrig, als einzuspringen: zunächst noch ganz traditionell mit einer Analogie an der Grenze zum Augenzwinkern („Herrenreiter“, 1958), dann in offen rechtspolitischer Argumentation („Ginseng“, 1961), schließlich in einer Art Selbstbehauptung statt Resignation („Fernsehansagerin“, 1963).

Das BVerfG hat all dies – das ist in unserem Kontext das Wichtigste – nicht nur vom **Ergebnis** her gebilligt (siehe das Eingangszitat[25]), sondern auch für „methodisch-dogmatisch“ korrekt erklärt: Die Mehrheit der zivilrechtlichen Autoren halte die Argumente für „unbedenklich“ oder „zumindest diskutabel“, zudem stimme die Rechtsprechung des BGH mit der internationalen Rechtsentwicklung überein.[26] Kurz und in etwas anderer Terminologie: Die **Begründung** erschien dem BVerfG mindestens „gut **vertretbar**“. 15

Wir können daher im Vorgriff sagen: Die „Herrenreiter“-Rechtsprechung des BGH war und ist ein Beispiel für juristische **Gelungenheit** (§§ 33 und 34).

5. Überflüssiges Beiwerk ...

Angesichts dieser „wahren Gründe“ – und wegen der verbreiteten deutschen Neigung, Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Kontext zu reißen und dann wie Offenbarungen zu behandeln – soll in dieser Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) deutlich vermerkt werden: Eine vielzitierte Passage der Urteilsbegründung – vielzitiert vor allem in der Methodenliteratur – ist bei genauerem Hinsehen überflüssig, nichtssagend und geradezu ideologieverdächtig. Sie steht im Kon-Text der vorhin schon leicht angerempelten „**schöpferischen Rechtsfindung**“ und lautet (Hervorhebungen J.L.): 16

> „Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem **Akt des bewertenden Erkennens**, dem auch **willenhafte Elemente** nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.“[27]

Was, bitte sehr, ist ein „Akt bewertenden Erkennens“? Und was sind „willenhafte Elemente“ über diejenigen hinaus, die eh hinter jedem normativen Denken stehen („hinter jedem Sollen steht ein Wollen“[28])? Beides ist im Grunde Geschwurbel, mit dem sich Juristen auf die Schulter klopfen. Vor allem, wenn man die nachfolgende Passage nicht mehr zitiert: 17

24 Der Verlag Axel Springer mit seiner „Bild-Zeitung“ war in der damaligen Bundesrepublik das einflussreichste Presseunternehmen (und ist dies vielleicht auch heute noch). Insbesondere die Methoden der Bildzeitung waren immer wieder Gegenstand der Kritik, am bekanntesten wohl: *Wallraff*, Aufmacher (Fn. 9) (Wallraff hatte sich unter falschem Namen bei der „Bild“ als Reporter verdungen).

25 Oben Rn. 3.

26 BVerfGE 34, 269 (290 f.) – Soraya (1973).

27 BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya (1973).

28 Dies ist eine der Kernthesen – oder soll man sagen: der Kern-Klarstellungen – der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen; siehe etwa *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, Nachdruck 1992, S. 4–9.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den ‚fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft' [....]."[29]

Nun gut – auch dies ist ein wenig Selbstbeweihräucherung.

6. ... und ein fortdauernder Skandal

18 Wie auch immer: Der eingangs angekündigte große **Skandal** beim Thema „Schmerzensgeld wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts" ist die **heute** geltende Fassung des § 253 BGB, so wie sie im Jahr 2002 mit der Schuldrechtsreform Gesetz geworden ist (der alte § 847 BGB ist ersatzlos weggefallen):

> **§ 253 BGB n.F.** [neue Fassung] (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

Man sieht: Wenn es nach dem Gesetz ginge, gäbe es nach wie vor bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts kein Schmerzensgeld. Der Gesetzgeber hatte die Chance, dies zu ändern, er hat sie geradezu explizit nicht genutzt und die Verantwortung aus Feigheit vor den Medien auf die Gerichte abgewälzt: Sie werden es schon weiterhin richten.[30]

7. Resümee

19 Für unser methodologisches Thema „Manipulation des Ergebnisses" wollen wir abschließend festhalten: Es ist unter Umständen legitim, ein Gesetz gegen seinen eindeutigen Wortlaut zu korrigieren – in diesem Fall: um einen Entschädigungstatbestand zu ergänzen – wenn das Ergebnis grob ungerecht wäre – nicht nur im Einzelfall, sondern auch und mehr noch „gesamtgesellschaftlich" (um das Wort „politisch" zu vermeiden). Anders gewendet: Man darf, ja man muss gelegentlich die Außerrechts-Folgen (§ 26 Rn. 4) rechtlicher Entscheidungen in den Blick nehmen – jedenfalls dann, wenn wie hier ein „Dicker Hund"[31] vorliegt.

II. Der „Türkischer-Onkel-Fall": Nichtanwendung der Rechtsfolge („Rechtsfolgenlösung")

20 Eine andere Konstellation findet sich in einem anderen berühmten Fall. Hier wurde nicht das Gesetz korrigiert, genauer: Es wurde nicht der Tatbestand des Gesetzes explizit „über-trumpft"[32]. Wohl aber hat das Gericht auch hier explizit Widerstand gegen das

29 BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya (1973).

30 Auch die Kommentarliteratur stellt dies gar nicht mehr ernsthaft in Frage.

31 Zur Dicker-Hund-Theorie auch § 28 Rn. 11.

32 Das Bild vom Übertrumpfen ist inspiriert von Ronald Dworkins Theorie von Rechten als Trümpfen; man kann auch an des *overruling* im anglo-amerikanischen *case law* denken (§ 11 Rn. 22).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gesetz geleistet – indem es in einem Einzelfall trotz Vorliegen des Tatbestandes die im Gesetz vorgesehene Rechtsfolge *nicht* verhängt hat.

Das Problem ist dann allerdings, wie wir sehen werden, *wie* einzeln dieser Einzelfall ist.

1. Der Sachverhalt und das Ergebnis

Der Fall stammt aus dem Strafrecht, er wird häufig und ein wenig irreführend als „Onkel-Fall“ bezeichnet. Wie auch immer, es ging um Mord (§ 211 StGB – Strafgesetzbuch –) und die für Mord zwingend vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe. (Wir kennen das Problem aus dem Gashahn-Fall.[33]) 21

Der Sachverhalt spielt im „Türkenmilieu“, und er lautet leicht vereinfacht: Der Onkel O des Angeklagten A hatte dessen Ehefrau E vergewaltigt. Die E wollte sich deshalb von A, mit dem sie bis dahin glücklich verheiratet war, scheiden lassen. Dem A offenbarte sie diesen Grund erst Monate später, und sie unternahm drei Selbstmordversuche. Als A von O bei einem zufälligen Zusammentreffen ein Darlehen zurückforderte, brüstete dieser sich mit der Vergewaltigung und bedrohte den A mit dem Tod. A besorgte sich eine Pistole. Er traf den O in dessen Stammlokal beim Kartenspielen an. Nachdem er sich vergewissert hatte, dass O voll auf das Spiel konzentriert war, erschoss er ihn mit 14 bis 16 Schüssen.[34]

Die Frage war auch hier (wie im Gashahn-Fall): Lag ein Fall von „Heimtücke“ vor? 22

Und die Subsumtion war nicht schwer: „Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit“? Ja, weil die Aufmerksamkeit des O allein dem Spiel galt und er sich deshalb von Seiten des A „keines Angriffs versah“. „Feindliche Willensrichtung“ (s.o. § 3 Rn. 7–8)? Ja, natürlich – und völlig nachvollziehbar. Also ein klarer Fall von Heimtücke? Ja, sogar im „Begriffskern“ (s.o. § 15a Rn. 8).

Das Problem war daher im Grunde nicht dieser Fall, sondern das Mordmerkmal „Heimtücke“ an sich. Ist es wirklich immer eine besonders verwerfliche, „tückische“ Tötung, also Mord und nicht Totschlag, wenn der Täter ein Opfer tötet, das sich vor ihm in diesem Moment nicht fürchtet?[35] Wie ist es, wenn eine über Jahre gepeinigte Ehefrau ihren Ehemann im Schlaf erschießt (ich komme darauf zurück)? Und wie ist es hier?

Der BGH hat sich letztlich geweigert, in diesem Fall erneut intensional (§ 15a Rn. 5, 12–28) d.h. am Inhalt des Begriffs Heimtücke, an seiner Definition „herumzuschrauben“. Er hat sich zwar intensiv mit entsprechenden Vorschlägen aus der Rechtswissenschaft auseinandergesetzt, sie aber verworfen, weil sie teils zu viele, teils zu wenige Fälle erfasst hätten (also auch hier: ständiger Blick auf die Extension, d.h. auf den Umfang des Begriffs, *und auf das Ergebnis*). Stattdessen hat der BGH für die Fälle des Mordmerkmals „Heimtücke“ entschieden, dass bei Vorliegen „**außergewöhnlicher Umstände**“ nicht die Rechtsfolge des § 211 StGB eintreten solle – also lebenslange Haft –, sondern 23

33 BGHSt (GS) 9, 385 – Gashahn (1956) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Großer Senat] Band, Seite); dazu schon § 3 Rn. 16.

34 BGHSt (GS) 30, 105 – Türkischer Onkel (1981).

35 Nach der Rechtsprechung liegt Heimtücke vor, wenn das Opfer schläft, so BGH, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2003, 482 – Familientyrann –, nicht aber, wenn es bewusstlos ist, BGHSt 23, 119 (120) – Tötung im Schlaf mit dem Beil (1969) – (allerdings nur als *obiter dictum*).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Rechtsfolge des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Freiheitsstrafe „nicht unter drei Jahren". Knapp gesagt: Mord bleibt Mord. Aber wir müssen das, was das Gesetz anordnet, in Härtefällen korrigieren.

Das ist nichts anderes als das, was Aristoteles als *epieíkeia* bezeichnet hat (oben § 11 Rn. 38) – und was man früher mit „Billigkeit" übersetzt hat.[36] Heute sollte man *epieíkeia* besser mit „Angemessenheit" übersetzen oder, vielleicht noch besser, mit *Verhältnismäßigkeit* (im engeren Sinn!). „Lebenslang" stünde ganz einfach *außer Verhältnis* zu der Schuld des A,[37] denn seine Motive („Beweggründe", § 46 Abs. 2 StGB[38]) sind nachvollziehbar.

24 Dies sagt der BGH so freilich nicht.[39] Stattdessen wird betont, dass „eine **abschließende Definition** oder Aufzählung der in Fällen heimtückischer Tötung zur Verdrängung der absoluten Strafdrohung des § 211 Abs. 1 StGB führenden außergewöhnlichen Umstände … **nicht möglich**" sei. Vielmehr heißt es: „Durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus ‚gerechtem Zorn' (vgl. BGH MDR 1961, 1027)[40] auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben."[41]

Nicht diskutiert wird erstaunlicherweise, ob es dem A zumutbar gewesen wäre, für eine gerichtliche Verfolgung des Onkels zu sorgen. Wegen des „Türkenmilieus"? Wir kommen auf diesen Gesichtspunkt zurück.

25 Ich halte die Entscheidung des BGH trotzdem im Wesentlichen für gelungen (zur Kritik unter 3). Es wird nicht der Versuch unternommen, durch weitere Differenzierung auf der intensionalen Seite des Begriffs (bei seiner „Definition") eine Formel zu finden, bei der man einigermaßen sicher sein könnte, dass sie auch in allen denkbaren künftigen Fällen „zu befriedigenden Ergebnissen führt". Also muss man auf die Seite der Extension hinüberschwenken und sagen: Jedenfalls – *jeden-falls* – in diesem Fall wäre die Verurteilung zu „lebenslang" eine unangemessene Härte.

---

36 Nach wie vor auf den Punkt: *Alexander Hollerbach*, Billigkeit, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 1 (1985), Sp. 809–813; Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 77–82.

37 BGHSt 30, 105 (110–112, 121 f.) – Türkischer Onkel (1981) – nimmt ausdrücklich Bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und greift dabei nicht zuletzt auf BVerfGE 45, 187 – Lebenslange Freiheitsstrafe (1977) – zurück.

38 Die Vorschrift lautet: „Bei der Zumessung [der Strafe] wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

- die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende,
- die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,
- (…) [weitere Spiegelstriche]."

Im ersten Spiegelstrich sind nach „antisemitische" zum 01.10.2023 hinzugekommen: „geschlechtsspezifische, gegen die sexuelle Orientierung gerichtete".

39 Zu § 46 StGB nur ganz beiläufig: BGHSt 30, 105 (118) – Türkischer Onkel (1981).

40 Übrigens ein merkwürdiges Zitat: Der Ehemann hatte seine Frau nach erheblichen gegenseitigen Beleidigungen und körperlichen Auseinandersetzungen erwürgt; „gerechter Zorn"? (MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht).

41 BGHSt 30, 105 (119) – Türkischer Onkel (1981); Hervorhebungen J.L.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Allerdings gilt dann auch hier[42]: Die Logik „höret nimmer auf“ – und mit ihr auch nicht die Dogmatik (s.o. § 11). Anders gewendet[43]: Wie halten wir es mit dem nächsten Fall?

2. Fortführung: Die Familientyrannen

Damit zu den schon erwähnten Fällen der Tötung eines „Familientyrannen“. 26

Der wohl eindrücklichste Fall spielt im schwäbischen Rockermilieu (was, mit Ausnahme des Schwäbischen, relevant ist). Ehemann M hatte in dieser Rockerszene einen hohen Rang, er war auch mehrfach wegen Gewaltdelikten vorbestraft. Seine Ehefrau F hatte er über Jahre hinweg teilweise schwer misshandelt, einmal hatte er sogar gemeint, sie getötet zu haben. F war vorübergehend in ein Frauenhaus geflohen, sie kehrte aber zu M zurück, nachdem er Besserung gelobt hatte. Die Misshandlungen setzten nach kurzer Zeit wieder ein, hinzu kamen Misshandlungen der gemeinsamen Kinder. Die Ankündigung der F, wieder ins Frauenhaus zu gehen, beantwortete M damit, dass er sie und die Kinder dann töten werde. Und wenn nicht er, dann seine Kollegen. Die Drohung der F, sie werde ihn erschießen, nahm M nicht ernst. F erschoss den M, als er schlief.[44]

Der BGH hat in diesem Fall **keine** derart „außergewöhnlichen Umstände“ erkannt wie im „Türkischer-Onkel-Fall“. Mir ist das schwer begreiflich: Bei weitem mehr noch als in jenem Fall ist die Ehefrau F in einer Situation auswegloser Verzweiflung und ständiger Bedrohung.[45] Insbesondere wirkt die Erwägung des BGH, sie hätte behördliche Hilfe in Anspruch nehmen können, eher lebensfremd: Um F und die Kinder wirksam zu schützen, hätte man sie, und zwar sofort, rund um die Uhr bewachen und ihnen auf lange Sicht eine neue Identität – wie in einem Zeugenschutzprogramm – verschaffen müssen.[46] Ich glaube nicht, dass der Staat dies hätte leisten können.

Es kann natürlich sein, dass der BGH dies durchaus gesehen und gewusst hat – und trotzdem bei dieser Klausel geblieben ist. Vielleicht wollte er auf diese Weise in kriminellen Milieus jeden Ansatz einer Rechtfertigung von „Selbstjustiz “ verhindern. Letztlich führt dies zu der Frage, *welche* Folgen bei rechtlichen Entscheidungen eine Rolle spielen sollten. 27

Insofern könnte man überlegen, ob die Anerkennung von „besonderen Umständen“ in derartigen Fällen dazu führt, dass Familientyrannen sich künftig bessern – oder vielleicht noch brutaler werden und ihre Frauen anketten, bevor sie sich selbst schlafen legen. Das wären wenig erfreuliche „Adaptationsfolgen“ (§ 26 Rn. 7–10, Lübbe-Wolff).

42 Siehe schon § 15b Rn. 64.

43 Und noch einmal anders: Was wird sich in diesem Fall als verallgemeinerungsfähig herausstellen? – Zum „Keim der Verallgemeinerung“, der das Wesen einer jeden Überzeugung (*belief*) ausmacht, s.o. § 6 Rn. 3 und § 11 Rn. 14.

44 BGHSt 48, 255- Familientyrann (2003).

45 Das Landgericht (LG) Ingolstadt hat 2006 im Fall einer homosexuellen Beziehung dem schmächtigen 20jährigen Täter beim Mord an seinem 40jährigen und 130 kg schweren Opfer „außergewöhnliche Umstände“ zugebilligt und trotzdem zu dreizehneinhalb Jahre Haft verurteilt (Mitteilung in beck-online, becklink 166539).

46 In diese Richtung auch *Rudolf Rengier*, Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? – Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen, in: NStZ 2004, 233 (239).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In der akademischen Rechtswissenschaft wird übrigens vertreten, in diesen Fällen die Strafbarkeit völlig zu verneinen – sei es wegen entschuldigenden Notstandes (§ 35 StGB),[47] sei es sogar wegen Notwehr (wegen eines jederzeit zu „gewärtigenden", folglich im Sinn des § 32 StGB „gegenwärtigen" Angriffs auf Leib und Leben).[48] Mir leuchtet das ein.

3. Resümee

28 Nach allem lässt sich sagen: Im Ansatz ist es sehr zu begrüßen, weil von großer Methodenehrlichkeit, dass der BGH im Türkischer-Onkel-Fall keine begrifflich-definitorischen Klimmzüge unternommen hat, um den Neffen A vom Vorwurf des Mordes in der Begehungsweise „Heimtücke" freizusprechen. Dass daraus offener Ungehorsam gegenüber dem Gesetz erwächst, lässt sich damit rechtfertigen, dass die Anwendung des Gesetzes in einem solchen Fall eine „unbillige Härte" wäre.

Kritischer zu betrachten ist die Formulierung des „Tatbestandes", also der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Rechtsfolge des § 211 StGB gerade nicht eintreten soll. Die Formel „außergewöhnliche Umstände" ist sehr vage, und es ist keineswegs ausgemacht, dass sie immer dazu dienen wird, von diesem Tatbestand – wie in den Familientyrann-Fällen – sparsam Gebrauch zu machen. Nur mit Grauen mag man sich vorstellen, dass diese Formel auch für außergewöhnliche *politische* Umstände offen ist.

III. „Wunsiedel": Bewusste Nichtanwendung des Gesetzes („Geltungslösung")

29 Noch weiter als die offene Korrektur der Rechtsfolge geht die offene Nichtanwendung eines *Gesetzes* in bestimmten Sonderfällen. Ich nenne dies die Geltungslösung: Für den Sonderfall soll das Gesetz *nicht gelten*.

Ich hatte ursprünglich geschrieben: in bestimmten Einzelfällen (nicht: Sonderfällen). Wie wir gesehen haben, gibt es aber keine Einzel*fälle*. Es gibt einzelne Individuen, aber sie sind immer Exemplare von etwas Allgemeinem. Schon in der Antike und im Mittelalter wusste man, dass „Sonne" ein Allgemeinbegriff ist – auch wenn es, wie man damals dachte, nur eine einzige gibt.[49]

Das bekannteste Beispiel ist die sogenannte Wunsiedel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG).[50] Sie ist in der Rechtswissenschaft höchst umstritten.[51]

---

47 So die wohl h.M., siehe *Urs Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 35 Rn. 12; u.U. sogar für rechtfertigenden Notstand *Ulfrid Neumann*, ebendort, § 34 Rn. 57, 90.; für beide Varianten *Armin Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 34 Rn. 15.

48 Nach ganz h.M. allerdings nicht, siehe nur *Martin Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2023, § 32 Rn. 4; vorsichtig in Ausnahmefällen pro Notwehr *Urs Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 47), § 32 Rn. 57 f.

49 Die Frage, ob Allgemeinheiten ganz ebenso real sind wie Individuen, führt letztlich bis zum Universalienstreit des Mittelalters (§ 4 Rn. 2) oder gar bis in die Antike zurück.

50 BVerfGE 124, 300 – Wunsiedel/Rudolf-Heß-Gedenkfeier (2009).

51 Für *Christoph Enders*, Erfolg und Scheitern des Bundesverfassungsgerichts im Ringen um das „Lebenselement" der freiheitlich-demokratischen Staatsordnung, in: Zeitschrift für [österreichisches]

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Sachverhalt: Rudolf-Heß-Gedenktag

Zu Grunde lag eine Verfassungsbeschwerde. Deren Beschwerdeführer war ein Neonazi, der seit vielen Jahren in der Stadt Wunsiedel – sie liegt im Fichtelgebirge – am Todestag von Rudolf Heß Gedenkfeiern zu dessen Ehren veranstaltete. Rudolf Heß war in der Hitler-Diktatur einer der führenden Akteure, er war Reichsminister und „Stellvertreter des Führers“. In Wunsiedel befindet sich sein Grab. 30

Im Jahr 2005 verbot das zuständige Landratsamt die Gedenkfeier. Es stützte sich dabei auf § 15 Abs. 1 des Versammlungsgesetzes (VersG), der – verkürzt gesagt – ein Versammlungsverbot trägt, wenn im Rahmen der Versammlung Straftaten drohen. Bei den Rudolf-Heß-Gedenkfeiern sah das Landratsamt nun die konkrete Gefahr, dass Straftaten im Sinn des gerade neu geschaffenen **§ 130 Abs. 4 StGB** (Strafgesetzbuch) begangen würden. Er lautet:

> (4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

Der Beschwerdeführer griff dieses Verbot gerichtlich an. Er blieb in allen Instanzen und auch vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ohne Erfolg.

2. Das Problem

Kernproblem der Entscheidung war letztlich, ob jener neu geschaffene § 130 Abs. 4 StGB gegen Art. 5 Abs. 1 GG verstieß. Art. 5 Abs 1 GG schützt u.a. die Meinungsfreiheit und dabei gerade auch die Meinungs*äußerungs*freiheit, etwa in Versammlungen (die zudem von Art. 8 GG geschützt sind). Allerdings kann diese Meinungsfreiheit gemäß **Art. 5 Abs. 2 GG** eingeschränkt werden. Die Vorschrift lautet: 31

> (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

Und die entscheidende *Frage* lautete dann: Ist § 130 Abs. 4 StGB eine derartige „Schranke“? Insbesondere: Handelt es sich um ein „allgemeines“ Gesetz? Dies erscheint sehr fraglich, denn unter einem „allgemeinen Gesetz“ werden seit der legendären Lüth-Entscheidung nur solche Gesetze verstanden, 32

> „die ‚nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten‘, die vielmehr ‚dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen‘, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.“[52]

Dass diese Formel ihre Tücken hat, ist bekannt: Sie enthält nämlich nicht *eine* Definition, sondern *zwei*: die Sonderrechtsformel und die Abwägungsformel. Beide überschneiden sich, das BVerfG hat in der Wunsiedel-Entscheidung allerdings klarge-

---

Öffentliches Recht (ZöR) 77 (2022), 547 (550–552), ist „Wunsiedel“ geradezu die misslungenste Entscheidung des BVerfG.

52 BVerfGE 7, 198 (209 f.) – Lüth (1958).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellt (leider eher beiläufig), dass die Meinungsfreiheit in Art. 5 GG nicht „unter einen generellen Abwägungsvorbehalt" gestellt wird.[53]

3. Die Lösung des Bundesverfassungsgerichts

33 Das BVerfG löst dieses Problem oder besser: diesen Fall in zwei[54] Schritten. Erstens wird deutlich gesagt: § 130 Abs. 4 StGB ist *kein* „allgemeines Gesetz". Er richtet sich gegen eine Meinung als solche, nämlich gegen die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft. Daran kann auch die Abwägung mit einem wichtigem Rechtsgut – hier: mit dem öffentlichen Frieden – nichts ändern.[55]

Allerdings lasse sich § 130 Abs. 4 StGB in einem zweiten Schritt auch als nicht-allgemeines Gesetz rechtfertigen: Die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft sei ein Sonderfall[56], für den man eine „Ausnahme" machen müsse „von dem Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gemäß Art. 5 Abs. 2 GG".[57] Erforderlich sei dies

> „[a]ngesichts des einzigartigen, sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und [angesichts] der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland".[58]

Diese Ausnahme sei dem Grundgesetz „immanent".[59] Subtext: Sie werde nicht etwa nachträglich vom BVerfG konstruiert.

4. Bewertung

34 Aber natürlich liegt auf der Hand, dass genau dies der Fall war: Das BVerfG und niemand sonst hat die „immanente Ausnahme" konstruiert, und zwar „vom Ergebnis her". Methodologisch betrachtet hat es hierfür eine Lösung gewählt, die ich – in Abgrenzung zur „Rechtsfolgenlösung" – als „Geltungslösung" bezeichnen will: Für den Sonderfall „Billigung der NS-Herrschaft" *gilt* das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze *nicht*. Es *gilt* vielmehr eine Ausnahme: Diese Mei-

53 BVerfGE 124, 300 (332) – Wunsiedel/Rudolf-Heß-Gedenkfeier (2009). Die Passage bezieht sich allerdings, um genau zu sein, nicht auf Absatz 2, sondern auf Absatz 1 des Art. 5 GG.

54 Ein dritter und zwar Zwischenschritt kann hier außer Betracht bleiben: § 130 Abs. 4 StGB kann auch nicht dadurch „gerettet" werden, dass man ihn dem „Recht der persönlichen Ehre" zuordnet. Auch für diese dritte in Art. 5 Abs. 2 genannte Schranke gilt das Gebot der Allgemeinheit des meinungsbeschränkenden Gesetzes, so BVerfGE 124, 300 (326 f.) – Wunsiedel (2009).

55 BVerfGE 124, 300 (321–326) – Wunsiedel (2009); die Ausführungen zum Verhältnis von Allgemeinheit des Gesetzes und Rechtsgüterschutz changieren ganz gewaltig hin und her.

56 Meine Formulierung! Das BVerfGE verwendet diesen Terminus nicht!

57 BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel (2009).

58 BVerfGE 124, 300 (Leitsatz 1 und S. 327) – Wunsiedel (2009).

59 BVerfGE 124, 300 (327 f. und Leitsatz 1) – Wunsiedel (2009).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nungen können Gegenstand von „Sonderrecht"[60] sein – so wie § 130 Abs. 4 StGB es enthält.

Ein wenig spitzfindig mag dann auf den ersten Blick wirken: Ein solches Sonderrecht darf, so das BVerfG, *nicht* die Billigung des Nationalsozialismus als solche unter Strafe stellen – auch Sonderrecht muss also „im Lichte" der Bedeutung der Meinungsfreiheit beurteilt werden.[61] § 130 Abs. 4 StGB verbietet aber gerade nicht diese Meinung als solche: Er knüpft zwar als Sonderrecht an sie an, richtet sich aber nur dann gegen ihre „Wirkung"[62], wenn sie gerade in Deutschland[63] und in bestimmter Weise (nämlich einschüchternd[64]) geäußert wird.

Man wird sagen müssen: Methodologisch ist gegen diese Lösung zunächst nichts einzuwenden. Sie ist allerdings gefährlich, und dies liegt an dem Wort „einzigartig". Die Einzigartigkeit des NS-Unrechts ist nämlich nur dann kein Problem, wenn man sie *auf uns* bezieht, also auf die Geschichte Deutschlands. Für unsere *Identität* ist die Geschichte des Nationalsozialismus in einzigartiger Weise prägend: Es ist *unsere* Vergangenheit, und *wir* müssen darauf achten, dass genau *sie* sich bei *uns* nicht wiederholt. 35

Ob die Schrecken des Nationalsozialismus hingegen im Licht der Menschheitsgeschichte „einzigartig" sind – darüber wird es immer wieder Streit geben, der Beschwerdeführer hat Entsprechendes vorgetragen.[65] Ich bin der festen Überzeugung, dass „für uns" diese Frage reichlich sinnlos ist. Ich glaube aber auch, dass sie manchen Menschen bedeutsam erscheint – und dass es für diese Menschen dann wenig plausibel ist, wenn für einen Fall, den sie – auf einer anderen Ebene – *nicht* für „einzigartig" halten, das Grundrecht der Meinungsfreiheit „plötzlich nicht mehr gilt".

5. Der wahre Grund

Der wahre Grund für die Wunsiedel-Entscheidung wird allerdings genau dieser gewesen sein: Wir (also das BVerfG) wollen uns mit dem Beschwerdeführer auf die Diskussion, ob die NS-Gewalt- und Willkürherrschaft, global betrachtet, „einzigartig" war, gar nicht erst einlassen. Für uns Deutsche ist sie es. 36

Ob dies wirklich gut „herüberkommt", das kann man bezweifeln.

Und es liegt eine gewisse Ironie darin, dass der Gesetzgeber mittlerweile in **§ 130 Abs. 5 StGB** durchaus den Versuch unternommen hat, allgemeine (!) Kategorien zu formulieren, unter die man auch den Nationalsozialismus subsumieren könnte.[66] Die – aus sich selbst heraus kaum verständliche – Vorschrift lautet: 37

60 Dieser Terminus wird in der Tat verwendet: BVerfGE 124, 300 (326, 327 f. und Leitsatz 1) – Wunsiedel (2009).

61 So die berühmte Wechselwirkungstheorie: Auslegung und Anwendung der „allgemeinen Gesetze" im Lichte der Bedeutung des Grundrechts, siehe BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth (1958).

62 BVerfGE 124, 300 (321, 329, 331; auch 332, 335, 336, 341, 344) – Wunsiedel (2009).

63 Man denke dabei gerade auch an die Wirkung im Ausland!

64 Die Bedrohung Andersdenkender war und ist geradezu ein Stilmerkmal des Nationalsozialismus.

65 BVerfGE 124, 300 (308) – Wunsiedel (2009).

66 Kritisch zu dieser neuen Vorschrift *Michael Kubiciel*, Welcher Skandal? Anmerkungen zur eher symbolischen Änderung des § 130 StGB, in: Verfassungsblog vom 27.10.2022 (https://verfassungsblog.de/welcher-skandal/ <14.02.2023>).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Handlung der in den §§ 6 bis 12 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art gegen eine der in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Personenmehrheiten oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer dieser Personenmehrheiten öffentlich oder in einer Versammlung in einer Weise billigt, leugnet oder gröblich verharmlost, die geeignet ist, zu Hass oder Gewalt gegen eine solche Person oder Personenmehrheit aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören.

IV. Äquivalenz der methodischen Lösungen

38 Nach dem sehr ernsten letzten Beispiel – Glorifizierung des Nationalsozialismus – ist es vielleicht etwas unpassend, die verschiedenen Lösungen zur offenen Korrektur einer an sich anerkannten Regel[67] an einem sehr simplen Schulbeispiel zu erörtern. Das Beispiel stammt aus der altehrwürdigen Methodenlehre von Reinhold Zippelius,[68] und die Regel, von der abzuweichen wäre, findet sich in § 2 einer erfundenen Badevorschrift:

§ 1 Die Badeanstalt ist in eine Männer- und eine Frauenabteilung eingeteilt.

§ 2 Das Betreten der Frauenabteilung ist nur Frauen gestattet.

39 Soll dieses Ergebnis – „wenn Frauenabteilung, dann Zutritt nur für Frauen" – aber auch für den Bademeister[69] gelten? Wenn man dies entgegen dem Wortlaut der Regel nicht will, gibt es methodisch mehrere Optionen für einen § 3:

Tatbestandslösung: „Frau im Sinn des § 2 ist auch der Bademeister." Oder: „Der Bademeister gilt als Frau im Sinn des § 2."[70]

Rechtsfolgenlösung: „Ausgenommen vom Verbot des § 2 ist der Bademeister."

Geltungslösung: „Die Vorschrift des § 2 ist auf den Bademeister nicht anzuwenden."

40 Weitere Möglichkeiten sind gewiss denkbar. Am einfachsten wäre freilich die Lösung des Problems genau dort, wo es sich stellt, nämlich in § 2 selbst: „Das Betreten der Frauenabteilung ist nur Frauen und dem Bademeister gestattet."

Dass „der Gesetzgeber" solche einfachen Lösungen manchmal vermeidet, haben wir gesehen (Herrenreiter, Soraya).

67 „Regel", denn es muss nicht unbedingt ein – förmliches – Gesetz sein. Die Regel könnte sich auch aus einer Rechtsverordnung oder aus einem Vertrag ergeben.

68 *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 6 c (S. 29 f.).

69 Sofern es ein Mann ist, versteht sich. Hier also kein generisches Maskulinum.

70 Die zweite Formulierung bringt Zippelius als Beispiel für eine rechtliche *Fiktion*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 28 Sonderfall: Ergebniskorrektur durch Gesetz

Die deutschen juristischen Methodenlehren sind traditionell dadurch gekennzeichnet, dass in ihrem Mittelpunkt – mit Recht – die Perspektive des Richters und der richterlichen Entscheidung steht. (Zur Gesetzgebungslehre und zur Kautelarjurisprudenz später § 38 und §§ 37 bis 37c.) In diesem Kapitel 5 – Manipulation des Ergebnisses eines Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) – haben wir uns daher zunächst damit beschäftigt, dass **Gerichte** manchmal ganz offen ein Ergebnis korrigieren, das ihnen von Gesetzes wegen „eigentlich" vorgegeben ist (soeben § 27). 1

Wir kommen nun zu dem Sonderfall, dass gelegentlich der **Gesetzgeber** selbst ein Ergebnis, das sich aus dem Gesetz „eigentlich" ergibt, im Wege einer „Rechtsfolgenlösung" (§ 27 Rn. 20–28, 39) zurücknimmt – unter bestimmten Voraussetzungen (I). Diese Voraussetzungen sind allerdings manchmal so gewunden formuliert, dass die Rechtsprechung (die an der Schiefheit eine gewisse Mitschuld trägt) sie mühsam begradigen muss (II). Im Ergebnis ergibt sich dann das, was rechtens ist, jedenfalls nicht mehr aus dem Gesetz. Stattdessen wendet man mehr oder weniger flexibel ein Schema an, das die Komplexität der Aspekte auf einen Hauptfluss reduziert und alles, was nicht passt, ignoriert – auch wenn es im Gesetz steht.

Die beiden folgenden Beispiele stammen aus dem Verwaltungsrecht, das erste aus dessen Allgemeinem Teil, das zweite aus dem Bauplanungsrecht. Weil diese Gebiete dem juristischen Laien meist fremd sind, werde ich sie etwas ausführlicher erläutern.

I. Die Heilung von behördlichen Verfahrensfehlern

Die öffentliche Verwaltung – das sind, *sehr* grob gesagt, alle „staatlichen Behörden"[1] – ist bekanntlich an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG – Grundgesetz –). Die Art und Weise, wie diese Verwaltung gegenüber „dem Bürger" zu handeln hat, ist in den Verwaltungsverfahrensgesetzen (VwVfG) von Bund und Ländern geregelt. Diese regeln zunächst einmal, was ein „Verwaltungsverfahren" überhaupt ist, und zwar in 2

> **§ 9 VwVfG** Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein.

Sodann enthalten diese Gesetze allgemeine Vorschriften für die **Formalien** des Verwaltungsverfahrens, zum Beispiel: Vorschriften zur Besorgnis der Befangenheit von 3

1 „Staat" im engeren Sinn, d.h. versehen mit unmittelbarer (autochthoner) Hoheitsgewalt, sind nur der Bund und die Länder (mit eigenen „staatlichen" Behörden, z.B. einem Landesamt für Umwelt und Naturschutz). „Staat" im weiteren Sinn sind Städte, Gemeinden, Universitäten, Rundfunkanstalten etc. (mit ihren jeweiligen Behörden, das sind die Stellen, die gegenüber „dem Bürger" mit Außenwirkung handeln, z.B. die Bürgermeisterin, die Landrätin, die Rektorin, die Intendantin). – Bei den „Behörden" sind zu unterscheiden: die Behörden im organisatorischen Sinn – das sind die gerade genannten Stellen – und die Behörden im funktionalen Sinn, das heißt im Hinblick darauf, welche Verwaltungsaufgaben sie gerade erfüllen. So kann die Landrätin z.B. „als" untere Naturschutzschutzbehörde oder „als" Straßenverkehrsbehörde handeln. (Man stelle sich vor, dass sie sich jedes Mal einen anderen Hut aufsetzt.)

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beamten (§ 21 VwVfG), zur Anhörung von Beteiligten (§ 28 VwVfG), zur Begründung von Verwaltungsakten (§ 39 VwVfG). Werden diese Vorschriften nicht eingehalten, ist eine darauf beruhende behördliche Entscheidung **eigentlich rechtswidrig**,[2] das heißt: man könnte sie vor dem Verwaltungsgericht anfechten, und das Gericht könnte die Entscheidung aufheben („kassieren").

„Anfechten" ist tatsächlich der korrekte Ausdruck, die entsprechende Klage heißt sogar Anfechtungsklage, geregelt in § 42 Abs. 1 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung). Das gleiche gilt für den Ausdruck „aufheben": Das Gericht hebt den Verwaltungsakt auf, „soweit er rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist" (§ 113 Abs. 1 VwGO).

Nebenbei für Nicht-Juristen: Was ein Verwaltungsakt „ist", definiert § 35 VwVfG – das ist eine sehr wichtige Vorschrift.[3]

4 Diese **Rechtsfolge** wird nun allerdings recht großzügig zu Gunsten der Behörden **korrigiert** (Hervorhebungen J.L.)

§ 45 VwVfG (1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn
1. der für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
4. der Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst wird;
5. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) Handlungen nach Absatz 1 können bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.

Im Klartext: Fehler der Verwaltungsbehörden, die im Verfahren auftreten, bleiben ungesühnt bzw. können unter tätiger Mithilfe der Verwaltungsgerichte bis zum Abschluss der Berufungsinstanz (!) ausgebügelt werden. Methodisch kann der Gesetzgeber das natürlich so machen. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit (*rule of law*) ist es allerdings bedenklich.[4]

5 Das Gleiche gilt für eine weitere Heilungsvorschrift[5] – sie ist vor allem für die Beurteilung von Verwaltungsakten von Bedeutung, bei denen der Behörde ein Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum (dazu § 15b Rn. 29–34, § 15a Rn. 70–75) zusteht:

§ 46 VwVfG Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfah-

2 Nicht ganz unstreitig, aber eigentlich die einzig vertretbare Meinung, siehe *Jens-Peter Schneider*, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider, Verwaltungsrecht, Stand August 2022 (beck-online), § 45 Rn. 7–9.

3 Wortlaut: „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist." Satz 2 regelt dann noch einen Sonderfall.

4 Siehe zum Beispiel *Michael Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage, München 2023, § 45 Rn. 103–106.

5 *Kyrill-Alexander Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2021, § 46 Rn. 9; eher abwiegelnd *Jens-Peter Schneider*, in: Schoch/Schneider (Fn. 2), § 46 Rn. 7 f.; kritisch zu beiden Vorschriften, allerdings sehr knapp: *Dirk Ehlers*, Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung, in: Die Verwaltung (Verw) 1998, S. 53 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.

II. Die Fehlerfolgenlehre im Bauplanungsrecht

Ein weiteres Beispiel für Fehlertoleranz gegenüber der öffentlichen Verwaltung ist die sogenannte Planerhaltung im Bauplanungsrecht, geregelt in §§ 214 bis 216 BauGB (Baugesetzbuch). 6

Nebenbei: Dass das Baugesetzbuch „Baugesetzbuch" heißt und nicht mehr wie früher (und treffender[6]) „Bundesbaugesetz", ist ein unschönes Beispiel für die Lösung eines politischen Problems auf leicht unseriöse rechtliche Art. Bundeskanzler Helmut Kohl hatte im Jahr 1983 angekündigt, das unübersichtliche Baurecht – es verteilt sich auf Bundes- und Landesrecht – zu vereinfachen („Bundesbaubuch"). Nach diesem Versprechen stellte sich heraus, dass einer solchen Reform die einschlägigen Kompetenznormen des Grundgesetzes entgegenstanden (der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz nur für das „Bodenrecht", Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, der Rest bleibt bei den Ländern, Art. 70 Abs. 1 GG).[7] Folglich hat man immerhin den Namen geändert.

1. Der bodenrechtliche und bodenpolitische Rahmen

In der Sache geht es in groben Zügen[8] darum: Die Gemeinden (dazu zählen auch die Städte) haben die Aufgabe, auf ihrem Gemeindegebiet für eine politisch sinnvolle Nutzung des vorhandenen Raumes („Boden") zu sorgen. Zu diesem Zweck haben sie sogenannte **Bauleitpläne** aufzustellen (§ 1 Abs. 2 und 3 BauGB) – einen ersten für das gesamte Gemeindegebiet, den sog. Flächennutzungsplan (§§ 5 ff. BauGB), sodann einzelne Bebauungspläne für einzelne Gebiete (§§ 8 ff. BauGB). Für beide Pläne gibt es eine Reihe von Vorschriften, u.a. die, dass die Bebauungspläne (die Praxis sagt: 7

6 Denn: Für das Bauplanungsrecht (= Gegenstand des Baugesetzbuches) hat der *Bund* die Gesetzgebungskompetenz, für das Bauordnungsrecht (= Abwehr von Gefahren, die von baulichen Anlagen ausgehen oder ihnen drohen können) sind die Länder zuständig.

7 Durchaus humorig die kurze Darstellung von *Michael Krautzberger*, Battis/Krautzberger/Löhr – Baugesetzbuch, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlages C.H. Beck, München 2007, S. 1037–1050 (1043 f.), zitiert nach https://www.beck-elibrary.de/10.17104/9783406731181-1037.pdf?download_full_pdf=1 <26.02.2023>. – Krautzberger war über Jahrzehnte einer der zuständigen Referenten im Bundesbauministerium; er berichtet von einem erbitterten Streit um die Kompetenz hinsichtlich des Gebotes an den Eigentümer, sein Grundstück mit einer Hausnummer zu versehen (immer noch § 126 Abs. 3 BauGB); Helmut Schmidt habe übrigens von der Materie auch keine Ahnung gehabt. – Die zitierte Passage findet sich auch bei *Michael Krautzberger*, 50 Jahre Städtebaurecht des Bundes, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2010, 729 (731).

8 Einzelheiten in den gängigen Lehrbüchern, etwa bei *Ulrich Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2022; *Stefan Muckel/Markus Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl., München 2020; *Jens Kersten*, Öffentliches Baurecht, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, München 2018, S. 427–626; *Joachim Lege*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, S. 200–258; in der 5. Aufl., Baden-Baden 2023, S. 166–236, fortgeführt von *Sabine Schlacke/Joachim Lege*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B-Pläne) aus dem Flächennutzungsplan (F-Plan) zu „entwickeln" sind (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Als allgemeinste Vorschrift findet man schließlich das sog. Abwägungsgebot, es lautet (Hervorhebung J.L.):

> **§ 1 Abs. 7 BauGB** Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander **gerecht abzuwägen**.

8 Was bedeutet dies? Und vor allem: Wie weit dürfen die Verwaltungsgerichte überprüfen, ob das, was die Gemeinde sich politisch gedacht hat, auch „gerecht" ist? Immerhin sollen die Städte und Gemeinden die Städteplanung betreiben, nicht etwa ein paar Richter.

Siehe zu Beurteilungs- und Ermessensspielräumen schon § 15a Rn. 70–75 und § 15b Rn. 29–34. Zur Abwägung schon § 15b Rn. 52–62, § 18 Rn. 79–96.

2. Die sogenannte Abwägungsfehlerlehre (klassisch)

9 Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat diese Frage nach der gerechten Abwägung in zwei grundlegenden Entscheidungen wie folgt beantwortet. Leicht begradigt[9]: Grundsätzlich hat die Gemeinde eine planerische Gestaltungsfreiheit, die gerichtlich nur eingeschränkt zu überprüfen ist.

Praktisch bedeutet dies: Die **Rechtsfolge**, dass der Bauleitplan ungültig und damit **unwirksam** ist (vgl. § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung), darf **nicht schon dann** verhängt werden, wenn die Richter eine andere Planung für „noch gerechter" gehalten hätten. Sie darf nur verhängt werden, wenn die Gemeinde bei der Planung Fehler begangen hat, die das Ganze ungerecht erscheinen lassen.

10 Insofern hat das BVerwG nun ein Quartett von **Abwägungsfehlern** skizziert, das sich sehr schnell als herrschende Meinung durchgesetzt hat[10] (in Klammern die Stichworte, die ihnen von der akademischen Rechtswissenschaft gegeben wurden[11]):

- Eine Abwägung hat überhaupt nicht stattgefunden (Abwägungsausfall).
- In die Abwägung wurden nicht alle Belange eingestellt, die nach Sachlage in sie eingestellt werden mussten (Abwägungsdefizit).
- Einzelne der eingestellten Belange wurden als solche fehlerhaft gewichtet (Abwägungsfehleinschätzung).
- Der Ausgleich zwischen allen Belangen wurde „in einer Weise vorgenommen …, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht" (Abwägungsdisproportionalität).

---

9 Die ursprüngliche Formulierung in BVerwGE 34, 301 (309) – Überschuldeter Landwirt (1969) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]) – weicht von deren allgemein akzeptierter Rezeption geringfügig ab: Die Abwägung*sfehleinschätzung* bezieht sich im Urtext nur auf private Belange, die Abwägung*sdisproportionalität* nur auf die öffentlichen.

10 BVerwGE 34, 301 (309) – Überschuldeter Landwirt (1969); zu den gerichtsinternen und -externen Hintergründen überaus lesenswert *Jörg Berkemann*, Das „Abwägungsmodell" des BVerwG (BVerwGE 34, 301 [1969]) – Entstehungsgeschichte und Legendenbildungen, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2013, 1280–1292.

11 *Werner Hoppe*, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG), in: Baurecht (BauR) 1970, 15–18 (17).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies ist, wie Lübbe-Wolff einmal gesagt hat, schon sehr arg „intensional überdeterminiert", also vom Begriffs*inhalt* her (§ 15a Rn. 5) überladen. Das BVerwG hat dem freilich noch eins draufgesetzt: Diese Fehler könnten sowohl im Abwägungs**vorgang** als auch im Abwägungs**ergebnis** auftreten – mit Ausnahme des Abwägungsausfalls, den gebe es selbstverständlich nur beim Vorgang.[12] Im Ergebnis also: sieben mögliche Abwägungsfehler. 11

Besonders bemerkenswert: Diese Ausdifferenzierung wäre in den beiden konkreten Fällen gar nicht nötig gewesen. Im ersten Fall hatte die Gemeinde einem insolvent gewordenen Bauern ein paar Äcker „vergoldet", indem sie diese als Bauland ausgewiesen hatte. Im zweiten Fall – bekannt unter dem Namen „Floatglas" oder auch „Flachglas" – hatte der Bürgermeister der Stadt Gelsenkirchen den Ansiedlungswunsch eines Industrieunternehmens intensiv vorverhandelt und sodann in großer Eile im Stadtrat durchgedrückt. Beide Fälle rochen, kurz gesagt, nach Korruption.[13] Hätte das nicht gereicht, um die Abwägung als „ungerecht" zu qualifizieren? (Ich nenne das immer die Dicker-Hund-Theorie.[14])

Zum rechtsästhetischen Verbot des Überflüssigen[15] siehe unten § 34 Rn. 54.

3. Die Fehlerfolgenlehre („Planerhaltung"), klassisch

Wie auch immer, die in dieser Art entwickelte Abwägungsfehlerlehre war offenbar ein so dichtes Netz, dass allzu viele Bauleitpläne darin hängen blieben. Deshalb begann bereits das BVerwG selbst damit, die Fehlerfolgen zu relativieren, also einige dieser Fehler für unbeachtlich zu erklären, um das **Ergebnis** – Unwirksamkeit des Bauleitplans – zu **vermeiden**. 12

Der Gesetzgeber zog dann nach, zuerst in § 155a und § 155b BBauG (Bundesbaugesetz[16]), sodann in den §§ 214–216 BauGB (Baugesetzbuch), wo sich die sogenannte „Planerhaltung" bis heute findet. Kernvorschrift war dabei § 214 Abs. 3 BauGB, er lautete bis 2004 (Hervorhebungen J.L.):

> **§ 214 Abs. 3 BauGB a.F.** [alte Fassung] Für die Abwägung ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bauleitplan maßgebend. Mängel im Abwägungs**vorgang** sind **nur erheblich**, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.

---

12 BVerwGE 45, 309 (320) – Flachglas (1974); instruktiv dazu *Helmuth Schulze-Fielitz*, Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: Juristische Ausbildung (JURA) 1992, 201.

13 Leider hat das BVerwG in früheren Zeiten die Gründe seiner Entscheidungen nur auszugsweise mitgeteilt („Aus den Gründen") und dabei den Schwerpunkt auf seine neuesten abstrakten Formeln gelegt. Seit man mit Hilfe der Datenbank *juris* Zugriff auf den Volltext hat, erfährt man endlich, was im Fall „Floatglas" konkret gelaufen ist.

14 *Joachim Lege*, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre"? Aufräumarbeit und stille Verschiebungen im Bauplanungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374 (364 und durchgehend).

15 Man denke auch an das sogenannte Ockhamsche Rasiermesser (*Occams razor*): Man solle nicht mehr Begriffe verwenden als nötig (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*). Ausnahmsweise sei insofern ein Verweis auf wikipedia erlaubt: William of Ockham (1288–1347) selbst hat das Prinzip nie so formuliert, die bekannte Fassung stammt vom deutschen Philosophen Johannes Clauberg (1622–1665).

16 Warum das BBauG in BauGB umbenannt wurde: siehe oben Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

13 Das ist, wenn man so will, eine saubere **Korrektur der Rechtsfolge**.

Vor allem aber gilt im Umkehrschluss: Fehler im Abwägungs**ergebnis** sind immer beachtlich. Und zwar alle drei.

4. Neues Gesetz, totale Verwirrung

Vorwarnung: Der folgende Abschnitt wird dem Leser reichlich Geduld abverlangen.[17] *Wer es eilig hat, mag sofort zum nächsten Abschnitt springen (unter 5) oder gar gleich zum Ende der Geschichte (unter 7). – Ich bin versucht zu sagen: form follows junk (dem junk der Gesetzgebung).*

14 Nichtsdestoweniger durfte man durchaus der Meinung sein, dass bei der Bauleitplanung immer noch viel zu viele Formfehler („**Vorgang**") ungesühnt blieben. Eigentlich war dies auch die europarechtliche Sicht, deshalb wurde im Europarechtsanpassungsgesetz Bau von 2004 (EAG Bau) eine neue Vorschrift geschaffen, die das **Verfahren** stärken sollte:

> **§ 2 Abs. 3 BauGB n.F.** [neue Fassung] Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), zu ermitteln und zu bewerten.

Offen blieb dabei allerdings, ob (1) „Verfahren" dasselbe meinte wie „Vorgang",[18] ob man (2) wirklich ernsthaft eine schärfere Sanktionierung von Fehlern erreichen wollte und was schließlich (3) aus der herkömmlichen Abwägungsfehlerlehre werden sollte. Klar ist wohl nur: Der Gesetzgeber wusste es selbst nicht. Zwar heißt es jetzt einerseits, dass Fehler im **Verfahren** nur bei einigem Gewicht beachtlich sein sollten (Hervorhebung J.L.):

> **§ 214 Abs. 1 BauGB n.F.** Eine Verletzung von **Verfahrens**- und Formvorschriften dieses Gesetzbuchs ist für die Rechtswirksamkeit des Flächennutzungsplans und der Satzungen nach diesem Gesetzbuch [solche Satzungen sind vor allem die Bebauungspläne] nur beachtlich, wenn
> 1. entgegen § 2 Absatz 3 die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind und wenn der Mangel offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist; (…)

17 Siehe auch die Darstellungen bei *Schlacke/Lege*, Baurecht (Fn. 8), Rn. 46–50, 63a, bzw. *Lege*, Baurecht (Fn. 8), Rn. 42–46, 59.

18 Selbst die Richter des Bundesverwaltungsgerichts bringen beides gelegentlich durcheinander. So heißt es bei *Stephan Gatz*, in: jurisPR-BVerwG 17/2008 Anm. 3, unter D (Hervorhebungen J.L.): „Das Urteil hat keine Auswirkungen auf die Praxis, weil § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB die Beachtlichkeit von Mängeln im Abwägungs**vorgang** (!) im Vergleich zu § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB a.F. nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig macht." In § 214 Abs. 1 Satz 1 heißt es hingegen, s.o. im Text: „Verletzung von **Verfahrens**- und Formvorschriften". – Nebenbei: In „juris-PR BVerwG" (juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht) kommentieren die Richter des Bundesverwaltungsgerichts, und zwar ausschließlich sie, ihre Rechtsprechung noch einmal „für die Praxis". Das ist, gelinde gesagt, sehr merkwürdig: Was Richter zu sagen haben, müssen sie in ihrem Urteil sagen, für eine darüber hinausgehende Kommentierung haben sie kein Mandat. Das wäre gerade so, als würde der Pastor nach der Predigt erklären, was davon ernst zu nehmen war und was nicht.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Andererseits sollte wohl doch die alte Abwägungsfehlerlehre weiterhin Bestand haben,[19] die eben nicht von „Verfahren", sondern von „**Vorgang**" spricht – siehe insoweit den letzten Halbsatz der folgenden Vorschrift (Hervorhebung J.L.): 15

> **§ 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB n.F.** Mängel, die Gegenstand der Regelung in § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sind [siehe oben], können nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden; im Übrigen sind Mängel im Abwägungs**vorgang** nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Ergebnis von Einfluss gewesen sind."

Kurz und gut: Es herrschte **totale Verwirrung**. Das einzige, dessen man sicher sein konnte: Mängel im *Ergebnis* der Abwägung sind stets – und zeitlich unbegrenzt – beachtlich. 16

> Aber gehören dazu auch, wie nach der klassischen Lehre (s.o. Rn. 10), Abwägungs*defizit* und Abwägungs*fehleinschätzung*? Oder hat der neue § 2 Abs. 3 BauGB sie gewissermaßen in das Verfahren abgeschoben, und es bleibt beim (Abwägungs-) Ergebnis nur noch die Abwägungs*disproportionalität* übrig? So wohl die inzwischen herrschende Meinung (siehe auch unten 7)?

5. Die pragmatische Lösung: Klarheit von der Rechtsfolge her

Die Rechtsprechung war angesichts dieser verpfuschten Gesetzeslage wirklich nicht zu beneiden, ebenso die akademische Rechtswissenschaft. Wie sollte man diese intensionale[20] Hypertrophie in ein widerspruchsfreies System bringen? Und in welche Kategorie von Fehler soll man es, nur als Beispiel, in einem konkreten Fall einordnen, wenn die Belange des Naturschutzes nicht ausreichend berücksichtigt wurden?[21] Ist dies „nur" ein eventuell unbeachtlicher Verfahrensfehler? Oder ist es doch ein Fehler „im Ergebnis", der stets erheblich ist, d.h. den Bauleitplan ungültig macht? 17

Was macht man also methodisch? Man gewinnt **Klarheit**, indem man das Problem von der **Rechtsfolge** her aufzäumt. (Schon Savigny hat das so gemacht, § 19 Rn. 3–16.) Dann gibt es – jenseits der vielen Fehlerschubladen – nur drei Möglichkeiten: 18

- Erstens: Der Fehler ist gänzlich *unbeachtlich*. Dies ist etwa der Fall, wenn es – bislang nicht erwähnt – an einem Planaufstellungsbeschluss (§ 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB) fehlt.

  Diese Vorschrift wird in § 214 BauGB nämlich nicht genannt.

- Zweitens: Der Fehler ist *nur beachtlich*, wenn er „offensichtlich und auf das Ergebnis von Einfluss war"; zudem *wird er unbeachtlich* – das hatten wir noch nicht erwähnt –, wenn man ihn nicht innerhalb eines Jahres rügt.

  Dazu gehören neben den genannten Verstößen gegen § 2 Abs. 3 BauGB auch etwa Fehler bei der Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung.

---

19 So *Werner Hoppe*, in: Werner Hoppe/Christian Bönker/Susan Grotefels, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., München 2004, § 5 Rn. 3.

20 Zu Intension (Begriffsinhalt) und Extension (Begriffsumfang) oben § 9 Rn. 2 und § 15a Rn. 5.

21 Allgemein zur Schwierigkeit, hier richtig zu gewichten: BVerfGE 149, 407 – Rotmilan (2018) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Drittens: Der Fehler ist *immer beachtlich*, und es gibt auch keine Rügefrist („**Ewigkeitsfehler**“[22]).

19 Dazu gehören jedenfalls alle Fehler im *Ergebnis* der Abwägung (arg. e § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB) …

> … was sich nach inzwischen wohl h.M. (herrschender Meinung) mit der „Abwägungsdisproportionalität“ deckt.

Ein Ewigkeitsfehler ist es gemäß § 214 Abs. 2 Nr. 2 BauGB a.F. auch, wenn der Bebauungsplan nicht aus dem Flächennutzungsplan „entwickelt“ worden war (s.o. unter 1) – dies allerdings nur, wenn „hierbei die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebende geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt worden ist“.

Ein klarer Ewigkeitsfehler ist es schließlich, wenn der Bebauungsplan nicht so bezeichnet wird, dass man unschwer erkennt, um welches Gebiet es geht („Hinweiszweck“), siehe § 214 Abs. 1 Nr. 4 BauGB.

Und dann gibt es auch noch den § 1 Abs. 3 BauGB (dazu sogleich).

6. § 1 Abs. 3 BauGB und die Windkraft: ein neuer Joker?

Weitere Vorwarnung: Dieser Abschnitt behandelt einen Seitenweg der Rechtsprechung, der höchst aufwendig war und methodologisch höchst aufschlussreich (weil vom Ergebnis her gedacht und gemacht) – mittlerweile aber überholt, weil der Gesetzgeber die Dinge nun ganz anders geregelt hat. Der eilige Leser mag den Abschnitt daher überspringen.

20 Man wird sagen können: Angesichts des begrifflichen Wirrwarrs auf der Tatbestandsseite des § 1 Abs. 7 BauGB („gerechte Abwägung“) dürfte die Rechtsprechung bei der Zuordnung eines Rechtsfehlers zu dieser oder jener Fehlerkategorie letztlich immer **vom Ergebnis her** entschieden haben: Wollen wir, von der **Rechtsfolge** her, dass der Fehler stets beachtlich ist (also ohne an der weiteren Frage zu laborieren, ob er „offensichtlich und auf das Ergebnis von Einfluss war“)? Oder wollen wir, dass es ein Fehler „ist“, über den wir mit Hilfe dieser zusätzlichen Voraussetzungen hinwegsehen können? Im zweiten Fall bietet es sich an, den Fehler dem § 2 Abs. 3 BauGB zuzuschlagen.[23]

21 Im ersten Fall ist zunächst § 1 Abs. 7 BauGB die richtige Adresse – Verstoß gegen das Gebot gerechter Abwägung; aber dann muss man schon einiges auffahren, um einen „dicken Hund“ bejahen zu können. Methodisch höchst interessant ist deshalb (weil eindeutig vom Ergebnis her gedacht): Vor einigen Jahren hat das BVerwG in einem sehr speziellen Bereich eine weitere Vorschrift herangezogen, die erst auf den zweiten Blick passt (wenn überhaupt). Gemeint ist (in seiner alten Fassung[24], Hervorhebung J.L.)

---

22 Bezeichnung von *Jörg Berkemann*, „Ewigkeitsfehler“ im Bebauungsplan – eine Typologie, in: juris – Die Monatszeitschrift (jM) 2015, 470–478.

23 BVerwGE 131, 100 – „Kwartier Latäng“ in Köln (2008).

24 In der neuen Fassung ist der Punkt am Satzende durch ein Semikolon ersetzt worden, und es heißt dann weiter: „die Aufstellung kann insbesondere bei der Ausweisung von Flächen für den Wohnungsbau in Betracht kommen.“ Das ist doch eine Selbstverständlichkeit! Ich fühle mich veräppelt!

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB a.F. Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung **erforderlich** ist.

Diese Vorschrift zur sogenannten **Planerforderlichkeit** hatte lange Zeit nur dazu gedient, die sozusagen *ganz* dicken Hunde in einem ersten Filter auszusortieren – etwa eine reine Verhinderungsplanung.[25] 22

Beispiel: Die Gemeinde weist Grundstücke, auf denen ein Investor zulässigerweise Wohnheime für Flüchtlinge errichten will, als Friedhof aus, obwohl der bereits bestehende Friedhof nur zu 60 Prozent ausgelastet ist.[26]

Eine ähnliche Verhinderungsplanung hatten vor einigen Jahren nun viele Gemeinden vorgenommen, indem sie in ihrem **Flächennutzungsplan** Flächen für die **Windkraft** ausgewiesen hatten, die dafür objektiv ungeeignet waren. Der Sinn des Ganzen ergab sich aus **§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB**,[27] gemäß dem die Gemeinde sinngemäß sagen konnte: Bitte die Windkraftanlage nicht dort bauen, wo ihr wollt (und wo es geeignet ist), sondern dort, wo wir sie hingeplant haben (und wo es dafür nicht taugt). Dies verstieß nach Ansicht des BVerwG gegen § 1 Abs. 3 BauGB: Eine Planung, die sich „als nicht vollzugsfähig erweist, weil ihr auf unabsehbare Zeit unüberwindbare rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen", kann nicht „erforderlich" sein.[28] Kurz: Mit Hilfe des § 1 Abs. 3 BauGB konnten aus einer Gesamtplanung (im F-Plan) einzelne Bereiche „von vornherein" herausgepickt und für unwirksam erklärt werden. 23

Dies wurde in weiteren Entscheidungen noch ausgebaut. Die Gemeinde sei angesichts der Privilegierung der Windkraft im sogenannten Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) wegen **§ 1 Abs. 3 BauGB** verpflichtet, in ihrem Flächennutzungsplan sogenannte „harte **Tabuzonen**" zu benennen, in denen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen die Nutzung der Windkraft ausscheidet. In weiteren Schritten habe sie sodann „weiche Tabuzonen" festzulegen, in denen nach dem Willen der Gemeinde Windkraft „von vornherein" ausgeschlossen werden „soll", und schließlich aus den verbleibenden „**Potenzialflächen**" die eigentlichen „**Konzentrationsflächen**" gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB auszuwählen. Am Ende sollte es dann ein Abwägungsfehler im Sinn des **§ 1 Abs. 7 BauGB** sein, wenn sich die Gemeinde des Unterschiedes zwischen harten und weichen Tabuzonen nicht bewusst gewesen war.[29] Auf diese Weise wurde § 1 Abs. 3 BauGB gewissermaßen zu einem Belangverstärker innerhalb der Abwägung. 24

Und insofern in gewisser Weise zweckentfremdet.[30] Eigentlich ist § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB nach Tatbestand und Rechtsfolge wie folgt aufgebaut: „Immer wenn und nur wenn es städtebaulich erforderlich ist (Tatbestand), hat die Gemeinde einen Bauleitplan aufzustellen (Rechtsfolge)". Das ist eine Art Türöffner oder auch Start-

25 Bezeichnung von *Berkemann*, „Ewigkeitsfehler", in: jM 2015, 470 (470–474).

26 Beispiel nach *Andrea Edenharter*, Skript Öffentliches Baurecht, FernUni Hagen 2023, S. 115.

27 Wortlaut: „Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nummer 2 bis 6 [die Windkraft ist Nr. 5] in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist."

28 BVerwGE 117, 287 (289) - Landschaftsschutzverordnung „Homert" (2002); im konkreten Fall wurde dies allerdings verneint!

29 BVerwGE 145, 231 (232–235, Rn. 10–14) – Windpark Wernitz (2012).

30 Ausführlicher *Lege*, „Abwägungsfehlerlehre", in: DÖV 2015, 361 (370 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schuss für einen Hindernislauf, bei dem ganz am Ende das Abwägungsergebnis steht. In der Abwägung selbst hat die Norm eigentlich nichts zu suchen.[31]

Im Gesetz (also dem BauGB) **stand** von all diesen „Zonen" und „Flächen" übrigens **nichts**.

25 Daher wird man dieser Rechtsprechung nicht absprechen können, dass sie jedenfalls sehr kreativ war. Bedenklich ist allerdings, dass sie mit der geschilderten abstrakten Regelsetzung (wie und in welcher Reihenfolge sind die „Zonen" und „Flächen" festzusetzen?) weit über das hinausging, was Aufgabe der Rechtsprechung ist: nämlich die Entscheidung von Einzelfällen. Es hätte, mit anderen Worten, ein hierzu legitimierter „Gesetzgeber" handeln müssen, in diesem Fall etwa: der Bundesbauminister im Wege einer Rechtsverordnung (zu deren Erlass er hätte ermächtigt werden müssen). Die Rechtsprechung hat offenbar gemeint, an seiner Stelle eine bestimmte Energiepolitik gegen widerspenstige Gemeinden durchsetzen zu müssen.

Rechtsverordnungen sind „Gesetze im materiellen Sinn", wenn und weil sie abstrakt generelle Regeln enthalten (§ 14 Rn. 36, 38–39).

26 Umso bitterer ist, dass diese Bemühungen mittlerweile zu einem Kapitel Rechtsgeschichte geworden sind. Seit dem 1. Februar 2023 gelten in Gestalt des **§ 249 BauGB n.F.** sehr detaillierte „Sonderregelungen für Windenergieanlagen an Land" (so die amtliche Überschrift).[32]

Sie setzen zunächst einmal – im Weg einer Geltungslösung (§ 27 Rn. 29–35, 39) – den § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für den Bereich der Windkraft außer Kraft – was der Tabuzonen-Rechtsprechung natürlich die Grundlage entzieht. Sodann regelt er auf der Grundlage eines Windenergieflächenbedarfsgesetzes vom 20. Juli 2022 minutiös, nämlich sowohl bundeseinheitlich als auch zugeschnitten auf die einzelnen Bundesländer, unter welchen Voraussetzungen Windkraftanlagen zulässig sind. Das ist weitgehend hochtechnisch und für Nicht-Experten kaum nachvollziehbar. Leicht verständlich ist lediglich § 249 Abs. 9 Satz 2 BauGB: Der rechtlich zu fordernde Mindestabstand zwischen Windrad und Wohnbebauung darf in jedem Land höchstens 1000 Meter betragen.

27 **Methodologisch** lässt sich immerhin auch für die Zukunft als **Tipp** festhalten: Wenn man vom Ergebnis her **eine Art Joker** braucht, um eine Planung an krassen Einzelaspekten scheitern zu lassen, greife man zu § 1 Abs. 3 BauGB.

In diesem Sinn hätte man übrigens schon die Mutter des Planungsrechts, also den Fall „Überschuldeter Landwirt",[33] entscheiden können. Für die „städtebauliche Entwicklung und Ordnung" ist es nicht „erforderlich", privates Land zu wertvollem Bauland aufzuwerten.

---

31 In der Entscheidung BVerwGE 109, 246 (249 f.) – Sportgelände/Tennisplatz (1999) –, auf die im Hinblick auf § 1 Abs. 3 BauGB letztlich Bezug genommen wird, ging es gerade nicht um städtebauliche Erforderlichkeit, sondern darum, dass die Anlage gegen zwingendes (Immissionsschutz-) Recht verstoßen hätte. Das ist aber kein Problem des § 1 Abs. 3 BauGB, sondern die erste Station der materiellrechtlichen Prüfung des Bauleitplans.

32 Ausführlich dazu *Martin Kment*, Eine neue Ära beim Ausbau von Windenergieanlagen. Das aktuelle Wind-an-Land-Gesetzespaket, in: NVwZ 2022, 1153–1159.

33 BVerwGE 34, 301 – Überschuldeter Landwirt (1969).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7. Zum heutigen Stand der „Abwägungsfehlerlehre“

Wir hatten eingangs gesagt: Manchmal korrigiert der Gesetzgeber selbst die Rechtsfolgen, die sich eigentlich aus dem Gesetz ergeben. Wir haben nun gesehen, dass diese Korrektur gelegentlich in einer Weise erfolgt, die den „Gesetzesanwender“ vor höchst subtile Probleme stellt – hier vor allem in Gestalt von § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB. Die juristische Dogmatik muss in diesen Fällen am Ende ein wenig gewaltsam vorgehen[34] und glätten, was dem Gesetzgeber misslungen ist. In dieser Weise ist mittlerweile als Prüfschema für Bauleitpläne im Groben dies folgende anerkannt (jedenfalls gut vertretbar): 28

1. Planerforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) 29
2. Einhaltung zwingender Vorschriften
   Beispiele etwa: Natur- und Denkmalschutz (wir haben dies bislang ausgeklammert)
3. Gerechte Abwägung
   a) Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB (mit der Rechtsfolge § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB)?
      Hier zu prüfen: Abwägungsausfall, -defizit und -fehleinschätzung
   b) Verstoß gegen § 1 Abs. 7 BauGB (Gebot der gerechten Abwägung)?
      Hier (nur noch) zu prüfen: Abwägungsdisproportionalität

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich dies zwar nicht, und es ist mit dem Gesetz auch nur zu vereinbaren, wenn man dessen Feinheiten und Unstimmigkeiten ignoriert. Aber es ist „vom Ergebnis her“ jedenfalls praktikabel.

Zur Bedeutung der juristischen „Schemata“ siehe schon § 23.

III. Resümee

Das Thema „Ergebniskorrektur durch den Gesetzgeber“ liegt ein wenig quer zu dem Grundsystem der NJML (Neuen Juristischen Methodenlehre). Von der Idee her setzt eben der Gesetzgeber die allgemeinen, d.h. abstrakt-generellen **Regeln** – oder wie die Juristen sagen: er schafft die Gesetze „im materiellen Sinn“. Die übrigen Staatsgewalten – Exekutive (Verwaltung und Regierung) und Rechtsprechung – sind daran gebunden, und Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG enthält sogar ein Verbot des Einzelfallgesetzes, das freilich nach herrschender Meinung (h.M.) nicht sehr weit reicht.[35] 30

Die Korrektur eines **Ergebnisses**, das sich aus dem Gesetz ergibt, im einzelnen **Fall** ist daher typischerweise eine Sache der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt. Eine solche Korrektur vom Ergebnis her sollte zudem die große Ausnahme sein und

34 *Kment*, Neue Ära, in: NVwZ 2022, 1153 (1159), spricht von einem „Gordischen Knoten“, der allerdings im Kontext seines Themas nicht von der Rechtsprechung, sondern vom Gesetzgeber durchgeschlagen worden sei. – Vom Gordischen Knoten handelt eine Geschichte aus der griechischen Antike. Es war eine Verknotung von Seilen, aufbewahrt in der Stadt Gordion, und das Orakel sagte: Wer sie auflösen kann, wird die Herrschaft über (Klein-) Asien erringen. Alexander der Große (356–323 v. Chr.) soll den Knoten dann mit dem Schwert durchgeschlagen haben, und er hat jedenfalls unbezweifelt das Perserreich bis zum Indus erobert.

35 Ausführlich dazu *Joachim Lege*, Verbot des Einzelfallgesetzes, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg etc. 2009, § 66 (S. 439–492).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Gesetzgebung schändlich versagt (Herrenreiter und Soraya), wenn eine staatliche Sanktion untragbar erscheint (Türkischer Onkel) oder wenn das Recht sich durch seine Anwendung selbst in Frage stellen würde (Wunsiedel, sehr umstritten).

31 Demgegenüber erweckt die Korrektur eines gesetzlich vorgeschriebenen Ergebnisses durch den **Gesetzgeber selbst** eher zwiespältige Gefühle (man versetze sich in einen Rechtsunterworfenen). Warum gibt es strenge Regeln, wenn ihre Nichteinhaltung keine Konsequenzen hat (§§ 45, 46 VwVfG)? Und sollte man nicht einfach gute und klare Gesetze machen, statt einer verquasten Rechtsprechung ungeschickt hinterherzuhinken (§ 214 BauGB)?

Natürlich ist mir klar, dass es nicht einfach ist, gute Gesetze zu machen. Deshalb sage ich nur mit Vorsicht und durchaus in Anerkennung der vielen „Sachzwänge", denen sich die Ministerialbürokratie – das Arbeitstier der Gesetzgebung – gegenübersieht: Vieles ist ganz einfach „schlecht gemacht".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 29 Verdeckte Korrektur des Ergebnisses

Wir kommen zum Abschluss des Dritten Teils der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) in diesem § 29, überschrieben mit „Verdeckte Korrektur des Ergebnisses", zu einem Phänomen, das die Kernthesen der NJML nochmals verdeutlichen soll. Diese Kernthesen lassen sich ungefähr so zusammenfassen: 1

1. Die juristische Methode (es gibt nur eine) besteht aus Logik, Logik und Logik.

   Nämlich: aus der deduktiven (zwingenden) Logik des Justizsyllogismus, der induktiven (einordnenden) Logik der Subsumtion und der abduktiven (kreativen) Logik neuer Ideen – alles zusammengefasst zum Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS).

2. Diese drei Arten der Logik hängen in einer jeden rechtlichen Entscheidung untrennbar miteinander zusammen.

   Es wird also nicht etwa zunächst „schöpferisch" eine neue Lösung oder ein neuer „Maßstab" gefunden, unter den sodann in schlichtem Gesetzesgehorsam subsumiert wird.

3. Ganz ebenso hängen die drei sozusagen Aggregatzustände[1] dieser rechtlichen *working logic* untrennbar miteinander zusammen: Rechtsbegriffe, Rechtssätze (logisch genauer: Rechtsaussagen) und die Schlussfolgerung (der Syllogismus) vom Tatbestand auf die Rechtsfolge.

   Ein Rechtsbegriff ist, pointiert gesagt, das, was aus ihm folgt.

4. Eine darüber hinausgehende „Werterkenntnis", eine Erkenntnis also, die außerhalb der Logik stünde, gibt es nicht.

   Insbesondere sind die „willenhaften Elemente", die in jeder (!) Entscheidung eine Rolle spielen, nichts anderes als Prädikate: Ja, das *soll so sein* (und deshalb will ich es). Oder auch umgekehrt.

   > Zu Ironie und Pathos siehe § 30 II, zu Willens- und Erkenntnistypen schon § 8 Rn. 8 mit Fn. 11, auch § 35 Rn. 15 mit Fn. 23.

5. Auch in der dritten[2] logischen Trias – Regel (Rechtssatz), Fall und Ergebnis – hängen alle drei Elemente untrennbar zusammen. Und *entscheidend* ist – als sozusagen letzter *logischer* Grund – immer das **Ergebnis**. Das Ergebnis müssen wir „tragen" können.

   Dass die Billigung des Ergebnisses keine Frage des reinen Willens ist („Dezisionismus"), auch nicht eine Frage der Ethik („Werterkenntnis"), sondern eine Frage der juristischen **Ästhetik**, dazu sogleich der Vierte Teil der NJML.

Wir wollen hier und jetzt nun illustrieren, wie sehr dieses – logisch-schlussfolgernde – Denkhandeln „vom Ergebnis her" sich gerade dort zeigt, wo es sich zu verbergen sucht: bei einer verdeckten Korrektur des Ergebnisses, also bei der Verhinderung einer 2

1 In der allgemeinen Logik lautet die (erste) Trias „Begriff – Aussage (‚Urteil') – Schluss", siehe oben § 5.

2 Die zweite Trias: Deduktion – Induktion – Abduktion (oben § 6).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsfolge, die man aus welchen Gründen auch immer „nicht will", obwohl sie sich nach dem bisherigen Stand des rechtlichen Wissens geradezu alternativlos aufdrängt.

I. Die Interpretation „contra legem"

3 Wir haben vorhin in § 27 Rn. 10 gesagt, dass es eine „Auslegung" *contra legem*, also gegen den Gesetzeswortlaut, im streng semantischen Sinn nicht geben kann: Wenn der Wortlaut die Grenze der Auslegung ist – in Abgrenzung zur Rechtsfortbildung –, dann ist alles, was jenseits dieser Grenze liegt, eben nicht mehr „Auslegung". Aber wir müssen nicht über Worte streiten.

> Semantik ist, um es kurz zu wiederholen, die Lehre von der *Bedeutung* von Zeichen. Der Begriff stammt aus der Semiotik (Lehre von den Zeichen) und wird dort ergänzt durch die Syntaktik (Lehre vom Zusammenhang der Zeichen untereinander) und Pragmatik (Lehre vom Gebrauch der Zeichen).[3]

Stattdessen lassen sich in der Sache zwei mehr oder weniger anerkannte Fälle der **Interpretation** *contra legem* feststellen.[4] Der erste wird bis heute gern mit der lateinischen Formel umschrieben: *cessante ratione legis cessat lex ipsa* – auf Deutsch: Wenn der Grund (lateinisch *ratio*) des Gesetzes wegfällt, fällt auch das Gesetz selbst weg.[5]

> Beispiel: Ein Landesgesetz von 1961 schrieb vor, dass Freiflächen gärtnerisch zu gestalten und von Unkraut freizuhalten sind. Nach heutiger Erkenntnis gibt es kein „Unkraut", es ist sogar erwünscht, statt steriler Rasenflächen Wildkräuter wachsen zu lassen.[6]
>
> Letztlich ist dies nichts anderes als die materiell-rechtliche Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, klassischer Fall dazu: Infolge einer erheblichen Geldentwertung („Währungsverfall") müssen Geldschulden angepasst werden.[7] Oder man denke an das „Funktionsloswerden" von Bebauungsplänen.[8]

---

3 Die Trias geht zurück auf *Charles W. Morris*, Foundations of the Theory of Signs, Chicago 1938, deutsch Grundlagen der Zeichentheorie. Ästhetik der Zeichentheorie, Frankfurt a.M. 1988, S. 23–25.

4 Ausführlich dazu – und dann auch noch zur richtlinienkonformen Auslegung im Recht der Europäischen Union – *Bernd Mertens*, Rechtsfortbildung contra legem in Geschichte und Gegenwart, in: Carsten Bäcker (Hrsg.), Methoden des Rechts. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2024 in Bayreuth, Stuttgart 2025, S. 213-229.

5 *Wolfgang Löwer*, Cessante ratione legis cessat ipsa lex. Wandlung einer gemeinrechtlichen Auslegungsregel zum Verfassungsgebot?, Berlin etc. 2989 (ein Vortrag, auch rechtsvergleichend). Der Grundsatz galt unumstritten aber nur im Hinblick auf das rezipierte römische Recht, s. *Mertens* (Fn. 4), S. 215 f.

6 *Dieter Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl., Baden-Baden 1992, Rn. 350.

7 BGHZ 90, 227 – Erhöhung eines im Jahr 1951 vereinbarten Erbbauzinses (1984) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band, Seite).

8 *Sabine Schlacke/Joachim Lege*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, Rn. 64: In einem Wohngebiet wurde statt – wie zugelassen – zweigeschossig ausschließlich eingeschossig gebaut („Bungalow-Siedlung"). Hier wäre es rechtsmissbräuchlich, einem Einzelnen zu erlauben, ein zweites Stockwerk aufzusetzen (mit Aussicht in die Nachbargärten).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Als zweiter Fall der Interpretation *contra legem* wird seit jeher akzeptiert, ein Gesetz aus Gründen der „*Billigkeit*“ (*aequitas*, „Einzelfallgerechtigkeit“)[9] im Einzelfall nicht anzuwenden.[10] Insofern muss man allerdings fordern, dass dies offen geschieht.

Der Grund ist **logischer** Natur: Ein Begriff oder ein Satz darf nicht zugleich sein **Gegenteil** bedeuten. Andernfalls folgt aus ihm, was man will (*ex contradictione quodlibet*).[11] 4

Der Satz „A ist nicht Non-A“ ist, wie oben dargestellt, der zweite der drei logischen Grundsätze (§ 5 Rn. 89).

1. Nochmals der Herrenreiter-Fall: „nur“ heißt auch „nicht nur“

Blickt man unter diesem Aspekt noch einmal zurück auf den Fall „Herrenreiter“[12] (ausführlich § 27 I), dann zeigt sich, dass der Bundesgerichtshof (BGH) – ohne es offenzulegen – schon in diesem ersten Fall ganz eindeutig gegen den Gesetzeswortlaut entschieden hat, denn § 253 BGB a.F. (Bürgerliches Gesetzbuch alte Fassung) hatte ganz klar formuliert: Schadensersatz für einen erlittenen immateriellen Schaden gibt es **nur** in den gesetzlich bestimmten Fällen. Das ist, mit anderen Worten, ein **Analogieverbot**. 5

Ganz ebenso wie in § 1 StGB (Strafgesetzbuch, Hervorhebung J.L.): „Eine Tat kann **nur** bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“

Über dieses Verbot hat sich der BGH mit seiner – ohnehin gewagten – Analogie zu § 847 BGB („Freiheitsberaubung ‚im Geistigen‘“) stillschweigend hinweggesetzt. Kurz, es handelt sich um eine verdeckte Korrektur des Ergebnisses: Schadensersatz gibt es **nicht nur** in den gesetzlich bestimmten Fällen.

Sondern auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.[13]

2. Auslandseinsätze der Bundeswehr: „ausdrücklich“ heißt auch „implizit“

Auf diese „Auslegung“ *contra legem* hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einem anderen Fall noch eins draufgesetzt, man kann geradezu von einem doppelten *contra legem* sprechen. 6

9 Zur Billigkeit (*epieíkeia*) bei Aristoteles schon § 11 Rn. 38 (dort auch die Mahnung zur Vorsicht mit der Terminologie, weil „billig“ nach heutigem Sprachgebrauch „minderwertig“ bedeuten kann).

10 Auch hierzu *Mertens* (Fn. 4) mit Hinweis u.a. auf die ablehnende Ansicht Kants (S. 220).

11 Ein Beispiel dazu unten § 34 Rn. 24 – Enteignungsbegriff.

12 BGHZ 26, 349 – Herrenreiter (1958).

13 Zum Sachverhalt: Ein pharmazeutisches Unternehmen hatte bei seiner Plakatwerbung für ein Potenzmittel ein Foto des Klägers ohne dessen Einwilligung verwendet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Der Fall und das Problem

7 In diesem Fall ging es um die Frage, ob Auslandseinsätze der Bundeswehr – die bereits stattgefunden hatten – mit dem Grundgesetz in Einklang standen.[14] Zwei dieser Einsätze erfolgten im Jahr 1992 unter einem Mandat des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen im Rahmen der NATO – der erste, um mit der Marine das Embargo zu überwachen, das gegen die Föderative Republik Jugoslawien verhängt worden war; der zweite, um mit der Luftwaffe (AWACS-Fernaufklärer) ein Flugverbot im Luftraum von Bosnien-Herzegowina durchzusetzen. Der dritte Einsatz war ein „Blauhelm-Einsatz" in Somalia, konkret: die Entsendung eines Nachschub- und Transportbataillons der Bundeswehr im Rahmen der UN-Friedenstruppen.

8 Gemäß dem Grundgesetz waren diese Einsätze an den folgenden Vorschriften zu messen (Hervorhebungen J.L.):

> **Art. 87a Abs. 2 GG** Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte **nur** eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es **ausdrücklich** zuläßt.
>
> **Art. 24 Abs. 2 GG** Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern.

b) Die Korrektur des Ergebnisses

9 Logisch betrachtet, hätte daraus der Schluss gezogen werden müssen[15] (wir beschränken uns auf den Fall der UN-Friedenmissionen und stellen ihn dar als Vollständigen Juristischen Syllogismus – **VJS** –, siehe § 8):

Syllogismus Nr. 1

Regel ./. **Nur** wenn das Grundgesetz es **ausdrücklich** vorsieht (Art. 87a Abs. 2 GG), darf die Bundeswehr auch zu Nicht-Verteidigungszwecken eingesetzt werden (Regel).
Fall ./. Das GG lässt Einsätze im Rahmen von UN-Friedensmissionen **nicht ausdrücklich** zu.
Denn: Art. 24 Abs. 2 GG spricht nur von der „Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit".
Dies ist keine „ausdrückliche" Zulassung.
Resultat ./. Also darf die Bundeswehr bei UN-Friedensmissionen **nicht eingesetzt** werden.

10 Praktisch hätte man daraus dann den weiteren Schluss ziehen müssen: Wir müssen das Grundgesetz ändern (was ohnehin ständig geschieht), also dem Art. 24 Abs. 2 GG einen Satz 2 anfügen (im Folgenden *kursiv* gesetzt):

> **Art. 24 Abs. 2 GG** [ergänzt] Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen

14 BVerfGE 90, 286 – Out-of-area-Einsätze der Bundeswehr (1994) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).
15 So bereits *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 442.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Völkern der Welt herbeiführen und sichern. *Die Streitkräfte des Bundes (Art. 87a) können im Rahmen dieses Systems eingesetzt werden.*

Das Bundesverfassungsgericht hat dies nicht für nötig erachtet, sondern – offenbar per Abduktion, also einer Kombination zweier Syllogismen[16] – den folgenden VJS konstruiert: 11

Syllogismus Nr. 2

Regel Nr. 1 ./. **Nur** wenn das Grundgesetz UN-Einsätze **ausdrücklich** zulässt (Art. 87a Abs. 2 GG), darf die Bundeswehr hierfür eingesetzt werden.

Regel Nr. 2 ./. „Ausdrücklich“ ist die Zulassung schon dann, wenn eine Vorschrift den Einsatz **implizit** voraussetzt.

Fall Nr. 2 ./. Art. 24 Abs. 2 GG setzt UN-Einsätze **implizit** voraus, denn die UN sind ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit.

Resultat zu Regel Nr. 2, zugleich Fall zur Regel Nr. 1 ./. Das Grundgesetz lässt in Art. 24 Abs. 2 GG UN-Einsätze **ausdrücklich** zu.

Resultat zu Regel Nr. 1 ./. Also **darf** die Bundeswehr bei UN-Friedensmissionen **eingesetzt** werden.

Oder besser gesagt: Das Bundesverfassungsgericht hat es gerade **nicht so** konstruiert. Der logische Widerspruch „ausdrücklich = auch implizit, also nicht-ausdrücklich“ wäre sonst allzu offensichtlich gewesen.

Stattdessen wurde die Korrektur des Ergebnisses, das sich aus dem VJS Nr. 1 ergeben hätte, **verdeckt** begründet, und dies reichlich knapp[17]: 12

„Die mannigfachen Meinungsverschiedenheiten darüber, wie in diesem Zusammenhang [sc. des Art. 87a Abs. 2 GG] die Begriffe der ‚Verteidigung‘ und des ‚Einsatzes‘ auszulegen sind, und ob Art. 87a Abs. 2 GG als eine Vorschrift zu verstehen ist, die nur den Einsatz der Streitkräfte ‚nach innen‘ regeln will, bedürfen in den vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung. Denn wie immer dies zu beantworten sein mag, **jedenfalls** wird durch Art. 87a GG der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit, dem die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 24 Abs. 2 GG beigetreten ist, nicht ausgeschlossen.“[18]

Methodologisch betrachtet, ist dies eine vorhin so bezeichnete **Geltungslösung** (siehe § 27 Rn. 29–35, 39, Stichwort „Wunsiedel“): Im Verhältnis zu Art. 24 Abs. 2 GG *gilt* Art. 87a Abs. 2 GG *nicht*.

Aber warum nicht? Das BVerfG bringt zwei Argumente. Das erste widerspricht einer methodologischen Regel, die sonst allgemein anerkannt ist, nämlich der Regel *lex posterior derogat legi priori* (das spätere Gesetz geht dem früheren vor, s.o. § 18 Rn. 47–49). Ganz konträr dazu heißt es hier: Der Art. 24 Abs. 2 GG sei „von Beginn an Bestandteil des Grundgesetzes“[19] gewesen, Art. 87a GG sei erst später hinzugekommen (nämlich 13

16 Genauer dazu *Lege*, Pragmatismus (Fn. 15), S. 456 f. – Allgemein zur Abduktion als dem Zusammenschluss von Schlüssen oben § 6 III.

17 Die Begründung umfasst drei (!) von 351 Absätzen.

18 BVerfGE 90, 286 (355 f.) - Out-of-area-Einsätze der Bundeswehr (1994).

19 BVerfGE 90, 286 (356) - Out-of-area-Einsätze (1994).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach – der damals sehr umstrittenen – Gründung der Bundeswehr im Jahr 1955,[20] Stichwort „Wiederbewaffnung“[21]). Und Art. 24 Abs. 2 GG habe schon immer vorausgesetzt – dies das zweite Argument[22] –, dass zu einem „System kollektiver Sicherheit“ auch der Einsatz von Militär gehört:

> „Ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit stützt sich regelmäßig [!] auch auf Streitkräfte, die dazu beitragen, den Auftrag des Systems zu erfüllen, und als ultima ratio gegen einen Friedensstörer eingesetzt werden können. Die Mitgliedstaaten müssen daher grundsätzlich [!] bereit sein, der Sicherheitsorganisation zur Wahrung oder Wiederherstellung des Friedens auch militärische Mittel zur Verfügung zu stellen.“[23]

14 Ist doch klar, oder nicht – Dummerle? Art. 24 Abs. 2 GG biete daher

> „die verfassungsrechtliche Grundlage für die Übernahme der mit der Zugehörigkeit zu einem solchen System typischerweise verbundenen Aufgaben und damit auch für eine Verwendung der Bundeswehr zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln dieses Systems stattfinden.“[24]

15 Ja, aber so steht es nicht „ausdrücklich“ im Grundgesetz. Und im Grundgesetz haben nun einmal alle Vorschriften, die früheren und die späteren, den gleichen Geltungsrang.

Ich schreibe bei Texten von Studenten oder Doktoranden häufig an den Rand: „Ich weiß ja, was Sie meinen. Aber das steht so nicht da.“

Im Übrigen: Bei Gründung der Bundesrepublik hat man vermutlich wenig daran gedacht, „den Auftrag des Systems“ mit *eigenem* Militär „zu erfüllen“. Vielmehr war die Bundesrepublik nach dem Krieg ein besetztes Land, das froh war, wenn es vom Militär der Westmächte geschützt wurde. Dies spricht dafür, dass man bei Entstehung des Grundgesetzes weder an die „Regel“ noch an den „Grundsatz“ (s.o.) eigener militärischer Beteiligung gedacht hat, geschweige denn an Auslandseinsätze. Und nach Gründung der Bundeswehr – immer noch unter dem Vorbehalt der Alliierten[25] – durfte man als Rechtsunterworfener und Wehrpflichtiger doch wohl davon ausgehen, dass die Formulierung „außer zur Verteidigung“ in Art. 87a Abs. 2 GG

---

20 Um Missverständnisse zu vermeiden: Unmittelbar nach Gründung der Bundeswehr umfasste Art. 87a GG nur einen einzigen Absatz, er lautete im Jahr 1956: „Die zahlenmäßige Stärke der vom Bunde zur Verteidigung aufgestellten Streitkräfte und die Grundzüge ihrer Organisation müssen sich aus dem Haushaltsplan ergeben“ (BGBl. – Bundesgesetzblatt – I, S. 112). Der heutige Art. 87 a GG mit seinem Absatz 2 entstammt der sogenannten Notstandverfassung des Jahres 1968 (BGBl. I, S. 711).

Nebenbei: Dies könnte ein Argument dafür sein, dass Art. 87a Abs. 2 GG nur den Einsatz der Bundeswehr ‚nach innen‘ regeln wollte. Allerdings hatte man offenbar auch im Verhältnis ‚nach außen‘ nur an den „Verteidigungsfall“ gedacht: Explizit geregelt wurde, wer ihn feststellt (Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates, Art. 115a Abs. 1 GG; zuvor Art. 59a GG). Wer den (NATO-) „Bündnisfall“ festzustellen hätte, dazu herrschte ein sehr deutliches Schweigen, und an UN-Blauhelm-Einsätze war noch gar nicht zu denken (BRD und DDR wurden erst 1973 in die UNO aufgenommen). – Mehr dazu auch gleich Rn. 16 f.

21 Ausführliche Dokumentation: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), Der Kampf um den Wehrbeitrag, 3 Bände, München 1952–1958.

22 Ihm und der Qualifizierung von NATO und UN als Systemen kollektiver Sicherheit widmet das Gericht 33 Absätze.

23 BVerfGE 90, 286 (345) - Out-of-area-Einsätze (1994).

24 BVerfGE 90, 286 (345) - Out-of-area-Einsätze (1994).

25 Er wurde erst mit dem Zwei-plus-vier-Vertrag von 1991 aufgehoben.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ernst und abschließend gemeint war. Ich bin jedenfalls in meinem Wehrdienst nicht darüber informiert worden, dass man mit Out-of-area-Einsätzen rechnen müsse.[26]

c) Die Ergänzung des neuen Ergebnisses

Noch weniger stand freilich im Grundgesetz,[27] was das BVerfG zusätzlich aus ihm herausgelesen hat, nämlich: dass der Bundestag diesen Auslandseinsätzen zuvor zustimmen müsse.[28] Diesen konstitutiven Parlamentsvorbehalt leitet das Gericht vielmehr induktiv (man kann auch sagen: in einer Gesamtanalogie, § 16 Rn. 12–20) aus verschiedenen Einzelvorschriften ab (Hervorhebung J.L.): 16

> „Die hiernach in den Vorschriften des Grundgesetzes auf dem Hintergrund der deutschen Verfassungstradition seit 1918 zum Ausdruck kommende Entscheidung für eine umfassende parlamentarische Kontrolle der Streitkräfte läßt ein der Wehrverfassung zugrundeliegendes *Prinzip* erkennen, nach dem der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Bundestages unterliegt.“[29]

Auf den ersten Blick ist dies methodisch so unbedenklich wie die Ableitung der positiven Vertragsverletzung aus einzelnen Vorschriften über Leistungsstörungen (§ 16 Rn. 13–15). Auf den zweiten Blick verstößt es jedoch gegen Art. 79 Abs. 1 GG: „Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt.“ Denn **in der Sache** ist es eine **Verfassungsänderung**, wenn hier – vom Ergebnis her – eine neue Regel erfunden wird, die so nicht im Grundgesetz steht (im Folgenden kursiv gesetzt): 17

> **Art. 24 Abs. 2 GG** [nochmals ergänzt] Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern. Die Streitkräfte des Bundes (Art. 87a) können im Rahmen dieses Systems eingesetzt werden. *Der Einsatz bedarf der vorherigen Zustimmung des Bundestages.*

Zur Abgrenzung von Verfassungsänderung und Verfassungsinterpretation bereits § 15c Rn. 46–52, 53–65.

d) Die wahren Gründe – und Gefahren für das Recht in the long run

Natürlich wird dem BVerfG all dies bewusst gewesen sein. Dass es dennoch so entschieden hat, wie es entschieden hat – meines Erachtens jenseits der Grenze des *rechtlich* Vertretbaren (zu dieser Kategorie § 33 II) –, dürfte einen ganz einfachen *politischen* Grund gehabt haben: 18

---

26 Nebenbei: Für die „Verteidigung am Hindukusch“ – also in Afghanistan – wurden keine Wehrpflichtigen herangezogen, wohl aber vorher in Jugoslawien, allerdings nur, wenn sie in den Auslandseinsatz eingewilligt hatten, so DER SPIEGEL am 12.01.2002 (https://www.spiegel.de/spiegel/vorab/a-176821.html <21.02.2023>). – Ein berühmter Ausspruch des damaligen Bundesverteidigungsministers Peter Struck (SPD) im Jahr 2002 hatte gelautet, die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland werde „auch am Hindukusch verteidigt“. (https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/rede-des-bundesministers-der-verteidigung-dr-peter-struck--784328 <27.02.2023>).

27 Zur Bedeutung dieses Schweigens für die Interpretation des Art. 87a Abs. 2 GG siehe Fn. 20.

28 BVerfGE 90, 286 (381) - Out-of-area-Einsätze (1994).

29 BVerfGE 90, 286 (387, auch 383) - Out-of-area-Einsätze (1994).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für die eigentlich erforderlichen Verfassungsänderungen wäre eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat erforderlich gewesen (Art. 79 Abs. 2 GG), und es erscheint sehr fraglich, ob man diese Mehrheit damals zustandegebracht hätte. Die Bundesrepublik war ein stark friedensbewegtes Land, zudem war die Bedrohung aus dem Osten nach dem Untergang der Sowjetunion (1991) und dem Beitritt der DDR-Länder zur Bundesrepublik (1990) weggefallen. Es hätte gewiss in der Öffentlichkeit starken Widerstand gegen einen „Freibrief" für NATO-Einsätze der Bundeswehr gegeben, und einige Parteien hätten sich diesem Widerstand wohl angeschlossen. Da musste dann eben das BVerfG die Sache retten, nach dem Motto: Problem? Welches Problem?

19 Es spricht manches dafür, diese Entscheidung für *politisch* richtig zu halten – in der damaligen Situation. Nichtsdestoweniger halte ich sie für *rechtlich* falsch, weil nicht-vertretbar begründet.[30] Aus diesem Grund ist sie dann aber auch wieder *politisch* gefährlich: Eine Verfassung, als politische Grundordnung des Gemeinwesens (oder auch „Staates"), hat vor allem eine Klarstellungsfunktion.[31] Wenn daher das, was „dem Grundgesetz … zu entnehmen" ist,[32] so nicht im Grundgesetz steht, dann dürfte dies *in the long run* Misstrauen hervorrufen: Juristen sind halt Rechtsverdreher – und das Recht ist am Ende eine Farce.[33]

II. Begriffliche Haarspalterei

20 Der Vorwurf der Rechtsverdreherei ist natürlich nicht neu, und schon im 19. Jahrhundert hat sich der bedeutende Zivilrechtler Rudolf von Jhering (1818–1892) über die juristische „Haarspaltemaschine" lustig gemacht.[34] Wir wollen im Folgenden kurz zwei Beispiele betrachten, wie man mit dieser Maschine ein unerwünschtes Ergebnis korrigieren kann, ohne diese Korrektur „vom Ergebnis her" als eine solche offenzulegen. Beide Beispiele betreffen den Umgang mit Gegnern der Verfassung und des Staats.

1. „verfassungswidrig" – „verfassungsfeindlich": Radikalenerlass

21 In den 1960er und 1970er Jahren hatte es in der Bundesrepublik eine starke radikal-linke Szene gegeben. Sie lehnte die „FDGO" der Bundesrepublik (freiheitliche demokratische Grundordnung) ab und bevorzugte eine kommunistische Ordnung, wobei es allerdings innerhalb der linken Szene große Differenzen gab, etwa zwischen

30 Die Kommentarliteratur vermeidet eine intensive Auseinandersetzung und versteht ganz praktisch den Begriff „Verteidigung" weit. Distanziert immerhin *Martin Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 18. Aufl., München 2024, Art. 87a Rn. 13: „Darüber hinaus sieht die Rspr. [Rechtsprechung] in Art. 24 Abs. 2 eine eigenständige, dem Verfassungsvorbehalt des Abs. 2 nicht unterliegende Einsatzermächtigung für eine Verwendung der Streitkräfte zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln der UNO und der NATO als Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit … stattfinden."

31 *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, 1053–1064 (1058, 1061 f.).

32 Siehe BVerfGE 90, 286 (383) – Out-of-area-Einsätze (1995): „Für den militärischen Einsatz von Streitkräften ist dem Grundgesetz das Prinzip eines konstitutiven Parlamentsvorbehalts zu entnehmen."

33 Französisch *farce* bedeutet wörtlich: Posse, Schmierenkomödie, Schelmenstück.

34 *Rudolf von Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), 13. Aufl., Leipzig 1924, Nachdruck Darmstadt 1992, S. 257.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

denen, die zur Lenin-geprägten Sowjetunion, und jenen, die zum China unter Mao Tse-Tung neigten.[35] Seit 1968 gab es mit der DKP (Deutsche Kommunistische Partei) auch wieder eine Partei im Sinn von § 2 Parteiengesetz (PartG), die diese Richtung vertrat (in der leninistischen Variante). Zwölf Jahre zuvor war die damalige KPD (Kommunistische Partei Deutschlands) vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) für verfassungswidrig erklärt und aufgelöst worden.[36] Ein solches „Parteiverbot" kann gemäß Art. 21 Abs. 2 und Abs. 4 GG nur das BVerfG verhängen – man nennt dies auch das Parteienprivileg.

Die hauptsächliche Folge dieses Privilegs ist, dass bis zu der – konstitutiven – Feststel- 22
lung des **BVerfG**, dass eine Partei „**verfassungswidrig**" ist (Art. 21 Abs. 2 GG), die Partei in ihrer Tätigkeit nicht behindert werden darf (etwa durch Versammlungsverbote) –, und es darf auch weder die Mitgliedschaft in der Partei noch die Tätigkeit für sie jemandem zum Nachteil gereichen.[37] So weit die Theorie.

In der Praxis stellte sich nun freilich ein doppeltes Problem: Ein erneutes Verbotsver- 23
fahren, jetzt gegen die DKP,[38] hätte in den wilden 1968er und 1970er Jahren – ich übertreibe nur wenig – bürgerkriegähnliche Zustände befürchten lassen (es war auch die Zeit der RAF – Rote Armee Fraktion – von Andreas Baader und Ulrike Meinhof). Zudem war die linksradikale Szene nicht nur in Parteien organisiert, sondern auch, zum Teil geradezu programmatisch, als „außerparlamentarische Opposition" (APO; bekanntestes Mitglied: Rudi Dutschke).

Wie man mit dieser Szene umgehen sollte, war politisch heikel. Besonders heikel wurde 24
es dann, wenn vermutete Staatsfeinde in den „Staatsdienst" aufgenommen werden wollten – etwa als Lehrer oder als Rechtsreferendar. Durfte „der Staat"[39] ihnen dies verwehren, wenn die Verfassungswidrigkeit ihrer Partei noch nicht festgestellt war? Man behalf sich damit, dass man eine subtile Unterscheidung traf zwischen der Verfassungs**widrigkeit** einer Partei (oder sonstigen politischen Gruppierung), die das BVerfG feststellt, und ihrer bloßen Verfassungs**feindlichkeit**, die auch von anderen Instanzen festgestellt werden kann. Die Mitgliedschaft in einer solchen Partei oder Gruppierung konnte dann als ein Indiz für die Verfassungsfeindlichkeit des Bewerbers gewertet werden – und diese verhinderte letztlich seine Aufnahme in den öffentlichen Dienst.[40] (Nebenbei: Ob es sich um ein Beamtenverhältnis oder Arbeits- oder Angestelltenver-

35 Persifliert im Monty-Python-Film „The Life of Brian" (1979): Schärfster Gegner der Volksfront von Judäa ist die Judäische Volksfront (https://www.youtube.com/watch?v=bpAURooJR4Q <21.02.2023>).

36 BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot (1956). – Wichtig ist in diesem Kontext zudem die Entscheidung zum Verbot der SRP (Sozialistischen Reichspartei) – einer Partei, die sich als Nachfolgeorganisation der NSDAP verstand –, in den ersten Jahren der Bundesrepublik: BVerfGE 2, 1 – SRP-Verbot (1952).

37 BVerfGE 12, 296 (305 ff.) – Gesellschaft für Deutsch-Sowjetische Freundschaft (GDSF) (1961): Keine Strafbarkeit eines Funktionärs der KPD vor deren Verbot.

38 Ich erinnere mich an ein Konzert des Liedermachers Hannes Wader im Audimax der Bielefelder Universität. Er war gerade, weil er gründlich nachgedacht hatte, der DKP beigetreten und empfahl beides auch seinem Publikum.

39 Im weiten Sinn; also nicht nur Bund und Länder (= Staaten im engeren Sinn, d.h. versehen mit unmittelbarer – autochthoner – Hoheitsgewalt), sondern auch Städte, Gemeinden, Universitäten etc. (= Bestandteile des Staates im weiteren Sinn, d.h. sie leiten ihre Hoheitsgewalt vom „Staat i.e.S." ab).

40 BVerfGE 39, 334 (359 f und Leitsatz 8) – Radikalenerlass/Extremistenbeschluss (1975).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hältnisses im öffentlichen Dienst handelte, durfte eigentlich keine Rolle spielen.[41]) Das BVerfG hat diese Praxis einstimmig gebilligt, es gibt allerdings drei Sondervoten, die in der Begründung abweichen, eines auch sehr kritisch im Hinblick auf Art. 21 GG.[42]

> Die Einzelheiten, obwohl sehr hübsch,[43] können in unserem methodologischen Zusammenhang außer Betracht bleiben. Umso mehr verdient Beachtung, dass viele Jahre später (1995) der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Fall Dorothea Vogt – eine Lehrerin, die Mitglied der DKP gewesen war[44] – in dieser Praxis einen Verstoß gegen Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention – EMRK – (Freiheit der Meinungsäußerung) erkannte. Allerdings gab es acht Richter, die dissentierten, und zwar auch im Ergebnis.[45]

25 Für die Methodologie wollen wir nur festhalten: Man kann, um ein unerwünschtes Ergebnis zu verhindern, begriffliche Unterscheidungen einführen, die haarspalterisch erscheinen. Was, bitte schön, ist der praktische Unterschied von „verfassungswidrig" und „verfassungsfeindlich"? Beide wollen den Staat oder jedenfalls die „FDGO"[46] abschaffen.

2. „darauf ausgehen" – „darauf ausgerichtet sein": NPD-Verbotsverfahren 2017

26 Die Kunst der Differenzierung, um ein Ergebnis zu manipulieren, hat das BVerfG schließlich vervollkommnet in der – nun den Rechtsextremismus betreffenden – zweiten Entscheidung zum Verbot der NPD (Nationaldemokratische Partei Deutschlands).[47] Auch hier fand sich die Regel, nach der zu entscheiden war, in Art. 21 Abs. 2 GG. Er sei, weil es um Wortklauberei geht, nun auch im Wortlaut zitiert (Hervorhebung J.L.):

> **Art. 21 Abs. 2 GG** Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger **darauf ausgehen**, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig.

---

41 BVerfGE 39, 334 (355 f.) – Radikalenerlass (1975). Nichtsdestoweniger wird in derselben Entscheidung gefordert, dass für Rechtsreferendare auch eine Beschäftigung in einem Angestelltenverhältnis ermöglicht werden müsse.

42 BVerfGE 39, 334 (359 f und Leitsatz 8) – Radikalenerlass (1975); das sehr lesenswerte Sondervotum des Richters *Hans Rupp* findet man auf S. 380–385.

43 Der Beschwerdeführer war Mitglied der Roten Zelle Jura an der Universität Kiel. Nachdem er in Schleswig-Holstein abgelehnt worden war, hatte man ihn im roten Bremen, damals berüchtigt für seine kritische Version der Einphasigen Juristenausbildung, als Referendar angenommen.

44 Interview mit ihr am 20.01.2022: https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=SHNtXV1dK7g <18.02.2023>.

45 EGMR, Urt. v. 26.09.1993 - 7/1994/454/535 -, in: Europäische Grundrechtszeitschrift (EuGRZ) 1995, 590 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, 375.

46 Nebenbei: Das Kürzel „FDGO" stammt aus der linken Szene und war ursprünglich leicht hämisch gemeint; vgl. auch das Lied von *Franz Josef Degenhardt*, Befragung eines Kriegsdienstverweigerers, 1972, mit dem berühmten Refrain: „Hier darf jeeeeder machen was er will – im Rahmen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, versteht sich."

47 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren II (2017); die erste Entscheidung hatte das Verfahren eingestellt, weil sich der Verfassungsschutz unerlaubter Mittel bedient hatte (V-Leute als Mitglieder des Bundes- oder Landesvorstandes der Partei): BVerfGE 107, 339 (365) – NPD-Verbotsverfahren I (2003).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Die Korrektur des Ergebnisses

Das BVerfG hatte, um es kurz zu machen (die Entscheidung umfasst genau 350 Seiten mit 1010 Randnummern), nach überaus umfangreicher Beweisaufnahme keine Zweifel daran, dass die NPD und die ihr nahestehenden Organisationen zum Ziel haben, die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik zu beseitigen („verfassungsfeindliche Ziele", Rn. 846, 861). 27

> Die „FDGO" wird vom Gericht dabei wunderbar ausgemalt – vor allem Menschenwürde und Demokratie, auch Rechtsstaatsprinzip –, und dies wird sodann mit dem Programm der NPD und Äußerungen ihrer Funktionäre kontrastiert. In ihnen zeigen sich sehr eindeutig u.a. Antisemitismus (Rn. 740 ff.) und Hass auf die „Demokratur der BRD" (Rn. 794).

Allerdings hat dies dem BVerfG nicht genügt, um zu dem Urteil zu kommen, dass die NPD im Sinn des Art. 21 Abs. 2 GG „**darauf ausgeht**", die FDGO zu beseitigen. Erforderlich für ein Darauf-Ausgehen sei vielmehr, „dass konkrete Anhaltspunkte von Gewicht bestehen, die einen **Erfolg** der mit der Verbreitung des verfassungswidrigen [sic!] Gedankenguts der Partei verbundenen Handlungsaufforderung *möglich erscheinen* lassen" (Rn. 589, Hervorhebung J.L.). Dies wird sodann für den Fall der NPD verneint (Rn. 896 ff.). Insbesondere habe es die NPD nicht vermocht, eine „Atmosphäre der Angst" oder der Bedrohung zu erzeugen, „die geeignet ist, die freie und gleichberechtigte Beteiligung aller am Prozess der politischen Willensbildung nachhaltig zu beeinträchtigen" (Rn. 588, 977 ff.). Zwar wird ohne Weiteres zugegeben, dass Gewaltanwendung und Bedrohung seitens der NPD und ihrer Anhänger durchaus vorkommen. 28

> So wird festgestellt, dass „insgesamt zwölf rechtskräftige Verurteilungen von Mitgliedern und Anhängern der Antragsgegnerin wegen Gewaltdelikten mit politischen Bezügen" vorliegen (Rn. 973) und dass Drohkulissen aufgebaut wurden (z.B. Rn. 1004 f.). 29

Doch handele es sich dabei

> „um meist [!] zufällig zustande gekommene Einzeltaten, die in der Gesamtschau noch nicht als Ausdruck einer der Antragsgegnerin zurechenbaren Grundtendenz zur Durchsetzung ihrer politischen Ziele mit Gewalt oder der Drohung mit Gewalt und einer damit verbundenen Schaffung einer Atmosphäre der Angst angesehen werden können" (Rn. 1003).

Und dies reiche für ein „**Darauf Ausgehen**" nicht aus (so dass die NPD im **Ergebnis** nicht verboten wurde). Was aber war es dann? Wie soll man es nennen?

b) Die Ergänzung des neuen Ergebnisses

Das BVerfG hat diese Frage nicht selbst beantwortet. Es hat allerdings dem – verfassungsändernden – Gesetzgeber mehr als nahegelegt, hierfür ein geeignetes Wort zu finden und daran bestimmte Rechtsfolgen zu knüpfen. Das Parteiverbot, so der Kontext, sei ein derart scharfes und zudem zweischneidiges[48] Schwert, dass man die Parteien, die noch nicht gefährlich genug sind, besser mit anderen Mitteln bekämpft. Originalton: 30

48 Worin diese Zweischneidigkeit besteht, führt das BVerfG allerdings nicht aus. Gemeint wohl: Das Verbot einer radikalen Partei führt zu einer weiteren Radikalisierung im Untergrund.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Eine Modifizierung dieses Regelungskonzepts, etwa hinsichtlich der Schaffung von Möglichkeiten gesonderter Sanktionierung im Fall der Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des Art. 21 Abs. 2 GG unterhalb der Schwelle des Parteiverbots, ist dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten" (Rn. 527).

31 Im Klartext (und man darf wohl davon ausgehen., dass dies informell kommuniziert wurde): Man könnte solchen nur „verfassungsfeindlichen" Parteien den Geldhahn zudrehen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat dies dankbar aufgegriffen, so dass es nun in einem neuen Absatz 3 des Art. 21 GG heißt (Hervorhebung J.L.):

> **Art. 21 Abs. 3 GG** Parteien, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger **darauf ausgerichtet** sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen.[49]

32 Kurz, die höchst subtile Unterscheidung lautet jetzt: „Darauf Ausgehen" versus „Darauf Ausgerichtet Sein", und an sie wird eine mehr als empfindliche Sanktion geknüpft. Die Neufassung des Art. 21 GG erscheint dadurch als eine leicht perfide Umgehung der alten Fassung, die „von Beginn an Bestandteil des Grundgesetzes"[50] gewesen war (siehe dazu auch oben unter I).

Als NPD-Anhänger hätte ich mich zugleich veräppelt und bestätigt gefühlt.

c) Der wahre Grund und die mögliche Gefahr

33 Aber ich weiß auch, und zwar wie viele andere – es ist ein vom BVerfG selbst offengelegtes Geheimnis –, was der wahre Grund der Entscheidung war: Das BVerfG wollte vermeiden, dass die NPD nach einem Parteiverbot vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zieht und dort möglicherweise gewinnt.

> Siehe daher in der Entscheidung des BVerfG ausführlich die Randnummern 617–626 zu dessen – des EGMR – Rechtsprechung und über die Vereinbarkeit des BVerfG-Maßstabs mit ihr.

34 Es mag sein, dass insoweit wirklich eine Gefahr bestand – vielleicht auch für Parteien in anderen Staaten. Nichtsdestoweniger dürfte das jetzt in dieser Weise begründete Nicht-Verbot der NPD ebenfalls riskant sein: Wenn man eine Partei erst verbieten darf, wenn sie gefährlich genug ist, könnte es zu spät sein.

> Und in der Zeit bis zu diesem Verbot hat die verfassungsfeindliche Partei einen Freibrief für ein bisschen Terror („meist zufällig zustande gekommene Einzeltaten" …[51]).

35 Eine gewisse Gefahr sehe ich aber auch für das Recht und die Jurisprudenz. Es dürfte den meisten so gehen, dass man die Argumentation des BVerfG als einen leicht zu durchschauenden **Trick** wahrnimmt. Verhindert werden sollte eine „rechtliche Realfolge" (vgl. § 26 Rn. 3), nämlich ein Verfahren vor dem EGMR, und zwar durch Manipulation der Rechtsfolge, die auf der Hand lag (Feststellung der Verfassungswidrigkeit, § 46 Abs. 1 BVerfGG – Bundesverfassungsgerichtsgesetz –). Dabei wurde allerdings

---

49 Der Vollständigkeit halber: Auch darüber hat das BVerfG zu entscheiden (Art. 21 Abs. 4 GG n.F. [neue Fassung]).

50 So wie im Fall BVerfGE 90, 286 (356) - Out-of-area-Einsätze (1994).

51 BVerfGE 144, 20 (366 Rn. 1003) – NPD-Verbotsverfahren II (2017).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Wortlaut des Grundgesetzes in einer Weise **strapaziert**, die dem Durchschnittsbenutzer der deutschen Sprache so gewaltsam erscheinen dürfte, dass ich sie rechtlich für nicht mehr vertretbar halte („darauf ausgehen" liege nicht schon dann vor, wenn man darauf ausgeht, sondern erst, wenn man damit Erfolg haben könnte). So etwas untergräbt *in the long run* das Vertrauen in das Recht.

Um vorzugreifen (s.u. § 33): Ich neige sehr dazu, die NPD-Entscheidung als *rechtlich* **misslungen** zu qualifizieren. Ob sie *politisch* gelungen ist, ist eine andere Frage. Wenn man an den Satz „Wehret den Anfängen" denkt, kann man Zweifel haben.

III. Resümee und Überleitung zum Vierten Teil

Wir hatten diesen letzten, etwas heiklen Paragraphen des Dritten Teils mit einem Rück- 36
blick auf die logischen Kernthesen der Neuen Juristischen Methodenlehre begonnen („Logik, Logik, Logik"). Er dürfte nun, und zwar gerade am Beispiel der verdeckten Ergebnismanipulation, diese Thesen bestätigt haben.

Erstens ist das, was am Ende einen Rechtsfall entscheidet, immer das gewünschte *Ergebnis*. Auf dieses Ergebnis hin werden die Regel und der Fall konstruiert (These 5). Dabei ist die *Begriffsbildung* – also etwa die Definition des Begriffs „darauf ausgehen" – gleichsam die Spitze einer Pyramide, von der aus man via Rechtsaussagen[52] und Konklusionen auf den Boden des Ergebnisses gelangt (These 3). Letztlich handelt es sich um ein Geflecht von Syllogismen (These 1), das die (induktive) Subsumtion des Falls unter die Regel mit einem daraus (deduktiv) folgenden Ergebnis verknüpft – und wenn dies nicht passt, muss man sich (abduktiv) etwas Neues einfallen lassen.[53]

Daraus folgt zweitens: In der Juristischen Methode geht nicht etwa das Schöpferische 37
der Logik voran (These 2), und erst recht nicht leitet uns eine spezifische Werterkenntnis (These 4). Vielmehr probieren wir[54] je nach Schwierigkeit des Falls mehr oder weniger gewagt eine Reihe von teils alten, teils neuen syllogistischen Lösungsmodellen

52 Zur Terminologie: Die Rechts**aussagen** können abstrakt generell sein („Wer einen Menschen heimtückisch tötet, ist zu bestrafen"), aber auch konkret individuell („A hat den X heimtückisch getötet", „A ist zu bestrafen"). Hingegen versteht man unter einem Rechts**satz** üblicherweise nur jene abstrakt-generellen Aussagen. Das ist nicht ganz präzis (denn auch die konkret-individuellen Aussagen werden in einem Satz ausgedrückt), die NJML wird es aber kaum ändern können; siehe auch § 14 Rn. 13, § 15b Rn. 1 f. und schon § 5 II Rn. 25. – Besonders gelungen nach wie vor die Formulierung von *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Band 4 (1988), Spalten 751-760 (757): „satzhaft formulierbare normative Aussagen" (wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 94).

53 Wunderbare Formulierung: Es ist „eine Art in sich zurückschwingende Induktion", so *Alexander Hollerbach*, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in der Festschrift für Carl Schmitt, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 85 (1960), 241–270 (255); wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, 107–133 (120). – Eindrücklich zum Kontext dieses berühmten Aufsatzes *Anna-Bettina Kaiser*, Alexander Hollerbach – Staatsrechtslehrer und Hesse-Schüler, in: Urs Kindhäuser/Stephan Kirste/Joachim Lege/Gerhard Robbers (Hrsg.), Das Menschliche im Recht. Gedächtnisschrift für Alexander Hollerbach, Tübingen 2024, S. 47–53.

54 Für eine etwas vagere Konzeption von experimentierender Rechtsgewinnung siehe *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III und öfter; siehe auch *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 12 I c.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aus, um eine möglichst schlüssige, folgerichtige, kurz: logische Lösung für ein rechtliches Problem zu finden – die freilich stets in Konkurrenz mit anderen steht.

38 Ob und in welchem Sinn eine Lösung dann „richtig" ist, dieser Frage wollen wir uns nun im Vierten Teil zuwenden. Dabei ist es ganz passend, dass wir mit Beispielen geendet haben, in denen Gerichte für so manchen Betrachter die sprachliche **Schmerzgrenze** überschritten haben. Dies könnte ein Hinweis darauf sein, dass die letzten Kriterien rechtlicher und juristischer Richtigkeit im Bereich der **Wahrnehmung** liegen, anders gewendet: im Bereich der **Ästhetik**.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vierter Teil: Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit

Der nun folgende Vierte Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre wird eine Frage stellen, die in den gängigen Methodenlehren eher vermieden wird: die Frage, ob das, was man sich juristisch-methodisch erarbeitet, in irgendeiner Weise den Anspruch auf „Richtigkeit" erheben kann – und sei es auch nur in Gestalt von „Vertretbarkeit". 1

> Für Nicht-Juristen: „Vertretbar" ist in der deutschen Jurisprudenz eine ganz zentrale Kategorie. Ein (noch) vertretbares Ergebnis und eine (noch) vertretbare Meinung zu einer Rechtsfrage dürfen, so die Rechtsprechung des BVerfG, in juristischen Prüfungen nicht als „falsch" bewertet werden.[1] Aber was ist dann „richtig"? Nur die „h.M." (herrschende Meinung) zu einer jeweiligen Rechtsfrage? Oder gar nur die Meinung der höchsten Gerichte? Das würden nicht zuletzt diese Gerichte vehement bestreiten.

Wir werden im Folgenden zu zeigen versuchen, dass und inwieweit es in der Rechtswissenschaft in der Tat „so etwas wie" Richtigkeit gibt. Dabei ist eine Unterscheidung zu treffen, die sich vielleicht nicht immer ganz streng wird durchhalten lassen, nämlich – die Überschrift deutet es an –: die Unterscheidung von *rechtlicher* und *juristischer* Richtigkeit. *Rechtlich* richtig kann, so der erste Zugriff, idealiter immer nur *eine* Lösung sein (es kann nur einer Recht haben). *Juristisch* richtig sind alle Lösungen, die noch nicht falsch, sondern vertretbar sind – es gibt hier sozusagen „mehrere richtige" Antworten. 2

> Während in Bezug auf rechtliche Richtigkeit eben eine *right-answer-thesis*[2] gilt (gilt![3]).

1 BVerfGE 84, 34 – Juristische Staatsprüfung (1981) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

2 Dazu schon § 5 II Rn. 72 f.; die These stammt von dem amerikanischen Rechtsphilosophen *Ronald Dworkin*, ist natürlich umstritten, aber doch ziemlich breit akzeptiert.

3 Geltung ist die Art und Weise, wie Normen (Sollenssätze) existieren, und genau genommen ist die *right-anwer-thesis* natürlich eine Norm: Wir *sollen* davon ausgehen, dass es nur eine einzige richtige Lösung gibt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 6: Juristische Richtigkeit von innen (Ästhetik)

Vielleicht sollte man sich zuallererst klar machen: Das Recht wird nicht nur von Juristen gemacht, auch nicht allein von den Gerichten oder vom „Gesetzgeber". Das Recht als Funktionssystem[1] der Gesellschaft lebt vielmehr davon, dass alle, die sich ihm „unterwerfen", nein, sagen wir es positiv: dass alle, die das Recht *bejahen*, weil sie in einem Zustand des Rechts und nicht der Gewalt leben wollen – dass diese „alle" im großen Spiel „Recht" keine passiven Objekte, sondern aktive „Akteure" sind. Wer sagt: „Nein, der X ist an dem Unfall schuld, deshalb kann ich Schadensersatz verlangen" – der sagt: „Ich habe Recht" (oder auch: „Ich bin im Recht", das ist eine *façon de parler*). Und er wird „natürlich" der Meinung sein, dass diese seine Rechtsmeinung „richtig" ist. 1

Allerdings sollte für alle Akteure im großen Spiel „Recht" als wichtigste Teilnahmebedingung gelten: Manchmal verliert man auch. *Sometimes I win, sometimes I lose*. Man kann nicht immer Recht haben, man kann nicht immer gewinnen. Manchmal irrt man sich auch, manchmal macht man Fehler. Wer immer Recht haben will, wer Niederlagen nicht anerkennen kann (man denke an einen ehemaligen und jetzt sogar wiedergewählten US-Präsidenten), ist mental ein Kleinkind.

Wie ist es nun aber mit denjenigen, die professionell mit dem Recht zu tun haben, also mit den Juristen? Kurz und gut: nicht wesentlich anders. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass sie bei der Frage, was „rechtlich richtig" ist, immer beide Seiten betrachten müssen: die Gewinner und die Verlierer. Ganz brutal gesagt: Wem gönnen wir den Sieg – dem Angeklagten oder dem Staatsanwalt? Dem Kläger oder dem Beklagten? Und aus welchen Gründen? Sodann müssen wir als Juristen aber auch noch *selbst*, auf einer zweiten Ebene, mit „gewinnen" und „verlieren" leben: Als Anwalt verliere ich auch einmal einen Prozess, als Richter in einem Kollegialgericht werde ich überstimmt, oder die nächste Instanz hebt mein Urteil auf. Wie soll ich da noch an rechtliche oder juristische „Richtigkeit" glauben? 2

In diesem 6. Kapitel wollen wir diese Frage sozusagen aus einer Innenperspektive beantworten – letztlich im Licht der juristischen Ästhetik. Im 7. Kapitel werden wir zudem eine Außenperspektive einnehmen und das Recht, so wie es von Juristen produziert wird – mit anderen Worten also: die juristische Methode[2] – aus Sicht der Verhaltensökonomie unter die Lupe nehmen.

---

1 Dieses „Funktionssystem" besteht gerade nicht allein aus denjenigen, die das Recht beruflich handhaben (Gerichte, Anwälte, Gesetzgeber etc., man nennt es auch den „Rechtsstab"). Vielmehr besteht es aus allen Menschen, sobald und soweit sie sich in einer Kommunikation auf die Unterscheidung „Recht/Unrecht" bzw. „rechtmäßig/rechtswidrig" berufen. – Der Begriff stammt von Niklas Luhmann.

2 Es gibt, wie schon mehrfach gesagt, nur eine.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 30 Rechtliche Richtigkeit

1 Versuchen wir also zu begründen, warum und inwiefern es sinnvoll ist, von rechtlicher Richtigkeit zu sprechen! Es mag ja sein, dass diese Richtigkeit nichts als ein „Narrativ“[1] ist, eine Erzählung, eine *story*. Ich glaube allerdings, dass es die bessere Geschichte ist, besser als all diejenigen Geschichten, die „rechtliche Richtigkeit“ für ein Phantom halten – mögen sie auch auf den ersten Blick intelligenter erscheinen.[2]

Eindrücklich der Film „Amistad“. Er handelt – nach einer wahren Begebenheit – von einer Klage der spanischen Krone auf Herausgabe des Schiffes „Amistad“ mitsamt seiner Ladung: in Afrika „erbeutete“ Afrikaner, die sich befreien und das Schiff in ihre Gewalt bringen konnten. Die Prozessvertretung dieser für die Sklaverei vorgesehenen Menschen übernahm der ehemalige amerikanische Präsident John Quincy Adams, und er sagt in dem Film (gespielt von Anthony Hopkins): „Vor Gericht gewinnt immer derjenige, der die bessere Geschichte erzählen kann.“ Und dann *erzählt* der Anführer der Afrikaner die Geschichte ihrer Gefangennahme, Misshandlung, Verfrachtung mit allen grauenvollen Einzelheiten …[3]

2 Eine äußerst praktische Folge rechtlicher Richtigkeit besteht übrigens darin, dass Rechtsanwälte und Notare sich haftpflichtig machen, wenn sie (unvertretbare) Rechtsfehler machen.[4]

I. Die „Paradoxie des Entscheidens“

3 Vielleicht nähert man sich dem Problem der rechtlichen Richtigkeit am leichtesten auf einem pragmatischen, aber auch leicht abgehobenen Weg.

Pragmatisch ist es zunächst so: Im Recht geht es – sofern man das Recht nicht ganz schlicht und einfach befolgt, befolgt ohne jeden Zweifel, ohne Konflikte und ohne Überlegung (was der Normalfall sein sollte!) – im Recht geht es um **Entscheidungen**: Wer hat Recht, wer hat Unrecht?

4 Was aber sind Entscheidungen? Nun wird es leicht abgehoben: Entscheidungen sind *paradox*. Entscheiden muss man nur dann, wenn man nicht *weiß*, was „richtig“ ist (wenn man es weiß, dann handelt man ganz einfach; dann „denkt man gar nicht

1 „Narrativ“ bedeutet wörtlich „Erzählung“ oder besser vielleicht: „Erzähltes“. Das Wort relativiert daher das, was man früher als „Theorie“ bezeichnet hat – etwa Kants Philosophie –: eine Theorie, die den Anspruch auf Objektivität erhebt. Für die Postmoderne ist es nur eine Erzählung unter anderen. (Letztlich geht der Begriff offenbar auf den französischen Philosophen Jean-François Lyotard zurück, genauer: Dessen Terminus *méta récits* wurde im Englischen als *grand narratives* übersetzt.)

2 Zu Ironie und Pathos sogleich unter II.

3 Der Film, gedreht von *Steven Spielberg*, stammt von 1997. Er beruht auf den realen Amistad-Prozessen der Jahre 1839–1841. – Die Klage wurde vom Supreme Court abgewiesen (40 U.S. 518 [593]): „If then, these negroes are not slaves, but are kidnapped Africans, who, by the laws of Spain itself, are entitled to their freedom, and were kidnapped and illegally carried to Cuba, and illegally detained and restrained on board of the Amistad; (…).“

4 Dass Anwälte sogar für Fehler des Gerichts haften sollen, ist allerdings ein starkes Stück (siehe § 14 Rn. 67).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

darüber nach“). Zugleich muss man davon ausgehen,[5] dass es die *Möglichkeit* gibt, „richtig“ oder – das ist das eigentliche Problem – „falsch“ zu entscheiden (und das will man „nicht wirklich“). Kurz: Es gibt „Richtigkeit“, und es gibt sie nicht. Das ist die „Paradoxie des Entscheidens“.[6]

Diese Paradoxie wird dann wieder ganz bodenständig-pragmatisch „entschärft“[7], nämlich in der Zeitdimension[8]: Hinterher ist man schlauer … 5

> Zum Begriff Paradoxie: Nach Niklas Luhmann (1927–1998) liegt eine Paradoxie vor, wenn „die Bedingungen der Möglichkeit[9] einer Operation zugleich die Bedingungen ihrer Unmöglichkeit“ sind.[10] Klassisch ist der Beispielsatz „Ein Kreter sagt: ‚Alle Kreter lügen‘“: Entweder lügt der Kreter, dann hat er Recht; oder er sagt die Wahrheit, dann lügt er.
>
> Nebenbei: Luhmanns Beschreibung der Entscheidung als Paradoxie hat viel gemeinsam mit Charles Sanders Peirce‘ (1839–1914) Beschreibung des Erkenntnisprozesses als der Ablösung eines Zweifels (*doubt*) durch eine Überzeugung (*belief*).[11] Wenn wir unsere Zweifel abgearbeitet haben, dann *können* wir gar nicht anders, als unsere Überzeugung für eine *richtige* Überzeugung zu halten – selbst wenn wir zugestehen, dass sie rein theoretisch auch falsch sein könnte. *Wie* wir allerdings unseren Zweifel abarbeiten, genauer: mit welcher Methode (*method*) wir das tun, das ist für Peirce keineswegs ausgemacht (und letztlich eine Frage der Ethik).

Die Paradoxie des Entscheidens kennzeichnet nun auch und ganz besonders das Recht, freilich mit einer besonderen Schwierigkeit: Es gibt, anders als in den Naturwissenschaften, keine „harten“ Kriterien, die eine Hypothese eindeutig falsifizieren könnten (§ 5 Rn. 80). Selbst der Gesetzeswortlaut ist, wie wir mehrfach gesehen haben, keine feste Grenze (§ 16 Rn. 5–7, § 29 Rn. 3–15 und sogleich Rn. 13–15). Wie will man dann aber – auch „hinterher“! – von „richtig“ oder „falsch“ sprechen? 6

---

5 Man kann natürlich auch würfeln oder sich von seiner Laune treiben lassen. – Allerdings kann auch „Würfeln“ eine rationale Entscheidung sein: Einer von dreien oder vieren muss eine gefährliche oder unangenehme Aufgabe übernehmen. Wenn sich kein Freiwilliger findet, muss man das Los „entscheiden lassen“.

6 Ein Thema, das Luhmann vielfach traktiert hat; letzte Fassung wohl: *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, in: Niklas Luhmann, Organisation und Entscheidung, 2. Aufl., Wiesbaden 2006, Kapitel 4 (S. 123–151).

7 Luhmann würde sagen: „entfaltet“, siehe *Luhmann* (Fn. 6), S. 129 ff. Meine Formulierung nimmt mehr die Handlung, nicht die Beobachtung, als „Letztbegriff“ (siehe ebd. S. 126). – Falsch wären jedenfalls, in Luhmanns Welt, die Formulierungen „aufgelöst“ oder „aufgehoben“.

8 Luhmann unterscheidet bei allen Kommunikationen stets drei „Sinndimensionen“: die Sachdimension, die Zeitdimension und die Sozialdimension; siehe *Niklas* Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 112 ff. et passim (= und durchgehend).

9 „Bedingung der Möglichkeit“ ist natürlich eine „Denkfigur“ aus Immanuel Kants „Kritik der reinen Vernunft“.

10 *Giancarlo Corsi*, in: Claudio Baraldi/Giancarlo Corsi/Elena Esposito, GLU – Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Frankfurt a.M. 1997, S. 131–139, mit dem noch kürzeren Beispiel nach Epimenides: „Diese Aussage ist falsch“.

11 *Charles Sanders Peirce*, The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 – 387 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraphen 358–387); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 149–181; dazu bereits *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 28 f., 162–164, 187–189 und öfter.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Ironie und Pathos (Rechtsethik)

7 Wahrscheinlich ist den meisten Juristinnen und Juristen diese Ambivalenz des Rechts und damit ihres Berufs mehr oder weniger bewusst. Recht pathetisch hat der große Rechtsphilosoph Gustav Radbruch (1878–1949) einmal geschrieben, Juristen müssten sich der „tiefen Fragwürdigkeit" ihres Berufs bewusst sein.[12] Der auf andere Weise ebenfalls große Rechtsphilosoph Erik Wolf (1902–1977) spricht von der „Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft".[13] Es mag aber durchaus sein, dass es Juristinnen und Juristen gibt, die von derartigen Zweifeln nicht geplagt sind.

Nebenbei: Gustav Radbruch war, wie schon erwähnt, Mitglied der SPD und in der Weimarer Republik für einige Zeit Reichsjustizminister. Er gehörte zu den ersten, die von den Nationalsozialisten des Amtes als Professor enthoben wurden. Erik Wolf hatte sich bei Radbruch habilitiert, übrigens im Strafrecht (beide waren nicht nur Rechtsphilosophen, sondern auch schlicht-dogmatische Strafrechtler). In der NS-Zeit war Wolf zunächst von der neuen Ideologie begeistert, wandte sich aber im Lauf der Jahre deutlich von der nationalsozialistischen Herrschaft ab.

8 Was mich betrifft, so denke ich: Zu der Gretchenfrage[14] der Juristen – „wie hältst du es mit der rechtlichen Richtigkeit?" – kann man zwei Haltungen einnehmen: Ironie und Pathos. Bei beiden Haltungen kann man zudem eine gute und eine schlechte Version beobachten.

Wenn man will, sind wir damit bei einer Art **Ethik** der Jurisprudenz angelangt, nämlich bei der *Haltung* (altgriechisch *ḗthos*, mit langem „e"[15]) zu ihrer *Methode*. Dies schlägt in gewisser Weise sogar den Bogen zur Rhetorik, der antiken (§ 2) wie der heutigen (§ 32 II).

In der antiken Rhetorik hat man sich viele Gedanken darüber gemacht, wie denn ein charakterlich, also nicht bloß technisch guter Redner beschaffen sein müsse (und am Ende hat man sich mehr oder weniger selbst gelobt).[16] Heutzutage lehrt Katharina Gräfin von Schlieffen ihre „Juristische Rhetorik" durchaus kritisch – und anknüpfend an Aristoteles – unter den drei Schlagworten „Logos, Ethos, Pathos".[17]

---

12 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 8. Aufl., hrsg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973, S. 204 – übrigens in dem Kapitel „Ästhetik des Rechts".

13 *Erik Wolf,* Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, Freiburg i.Br. 1953. Schlusssatz: „Indem die Rechtswissenschaft sich als Rechtsmetaphysik vollendet, hat sie die Zuversicht, dass ihre Frag*würdigkeit* ihre *Frag*würdigkeit überwinden wird."

14 Das vorliegende Buch will, so anspruchsvoll es ist, möglichst keine Vorkenntnisse voraussetzen. Deshalb dann *doch* diese Erläuterung: Die klassische „Gretchenfrage" stellt in der Tragödie „Faust" von Johann Wolfgang von Goethe (1749–1832) die Hauptfigur Margarete eben diesem Dr. Faust: „Nun sag', wie hast du's mit der Religion?" (Vers 3415).

15 Im Deutschen spricht man „Ethos" als Haltung hingegen mit kurzem „e".

16 Siehe etwa *Marcus Tullius Cicero*, De optimo genere oratorum [Über die beste Gattung von Rednern], in: Marcus Tullius Cicero, De inventione/Über die Auffindung des Stoffes, lateinisch-deutsch, Berlin 2013, S. 339 ff.

17 *Katharina Gräfin von Schlieffen*, Rhetorik, in: Volker Römermann/Christoph Paulus, Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, München 2003, S. 192–229; *Katharina Gräfin von Schlieffen*, Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens. Resultate empirischer

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ich will allerdings nicht verhehlen, dass ich gegenüber dem, was heute meist als „Ethik" auftritt – nämlich Moral – eher misstrauisch bin. Moral weiß, was richtig ist. Ethik weiß, wie dünn das Eis ist, auf dem Moral operiert. Oder wie Schopenhauer einmal gesagt hat: „Moral predigen ist leicht, Moral begründen schwer."[18] 9

Mehr schon leuchtet mir daher die schon erwähnte Sicht von Charles Sanders Peirce[19] ein:

> Logik gründet auf Ethik, Ethik gründet auf Ästhetik.[20]

Deshalb wird auch diese Neue Juristische Methodenlehre (NJML) ihren letzten Halt in der Ästhetik suchen.

Vielleicht kann man Ironie und Pathos sogar als eine je spezielle **Ästhetik**, als eine je spezielle Wahrnehmung, als ein spezielles *framing* der Welt[21] verstehen. In unserem Fall: der Welt des Rechts. 10

1. Ironie: Es gibt keine rechtliche Richtigkeit, aber …

Ironie geht davon aus, dass man eigentlich alles auch anders sehen kann. Die geläufigste Form besteht bekanntlich darin, dass man das Gegenteil dessen sagt, was man meint: „Das hast Du ja wieder prima hinbekommen". Oder man versteckt ein großes Lob hinter einem kleinen: „Kann man essen" (= es ist köstlich). 11

Es liegt auf der Hand: In autoritativen Rechtstexten („Rechtsquellen"[22]) hat Ironie keinen Platz. Sie sollten stets genau das sagen, was sie meinen. Und es ist, um vorzugreifen, eher Zynismus, wenn Gesetze gar nicht mehr wissen, was sie meinen, sondern dies bewusst „der Praxis" überlassen.[23]

Rhetorikforschung, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2: Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Berlin etc. 2005, S. 405–448.

18 *Arthur Schopenhauer*, Preisschrift über die Grundlage der Moral (1840), in: Die beiden Grundprobleme der Ethik, Werke Band VI, Zürich 1977, S. 143 (ein Selbstzitat, als Motto vorangestellt).

19 *Charles S. Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903), vor allem die Lecture V, in: CP 5.129 – 146 (Fn. 11); deutsch in: Schriften (Fn. 11), S. 384–394; dazu schon *Lege* (Fn. 11), S. 295–301.

20 „Warum sollte ich folgerichtig handeln?" Weil nur dies anständig ist. „Warum sollte ich anständig sein?" Weil nur dies mir ein gutes Gefühl gibt. (Ich habe mir sagen lassen, dass bei den jungen Leuten die Bezeichnung „Ehrenmann" ehrlich anerkennend gemeint ist, also nicht böse-ironisch; „Ehrenmann/Ehrenfrau" war sogar Jugendwort des Jahres 2018.) – Nach welchen Maßstäben sich die „Anständigkeit" bemisst, ist natürlich eine zweite Frage. Gerade auch dubiose Vereinigungen haben ihren „Ehrenkodex".

21 Zum *framing* und weiteren *biases* der Wahrnehmung siehe unten §§ 35 und 36.

22 Zur Kritik an dieser Metapher § 14 Rn. 20–22, 81.

23 Pointiert aus Sicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit *Klaus Rennert*, Vom Beruf unserer Zeit …, in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifRecht) 2019, S. 73–76 (73): „Mitunter werden heikle Fragen sogar bewusst der Judikative zugeschoben." – Das Phänomen findet sich aber in allen Rechtsgebieten, man denke aktuell an § 177 StGB – Strafgesetzbuch – (Vergewaltigung etc.) oder an § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB – Baugesetzbuch – (Erheblichkeit von Abwägungsfehlern). – Bekannt ist die Wendung „dilatorischer Formelkompromiss", wenn der (Verfassungs-)Gesetzgeber sich nur in der Formulierung, nicht in der Sache hat einigen können, s. *Carl Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 11. Aufl., Berlin 2017, § 3 III S. 31–36.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ebenfalls „daneben" ist es, wenn sich Richter in einem Urteil über die Parteien lustig machen. So kunstvoll die Reime sein mögen: Urteilsgründe in Gedichtform[24] – „das geht gar nicht".

12 Beim *Umgang* mit autoritativen Texten – also mit dem Recht, wie es als *Datum* (Latein für: Gegebenes) ganz unzweifelhaft vorliegt – lassen sich dann zwei Arten von Ironie unterscheiden (natürlich nur idealtypisch[25], also mit vielen Zwischenformen): gute und böse Ironie. Gemeinsam ist ihnen, dass sie sich auf die negative Seite der Paradoxie stellen:

Es gibt *keine* rechtliche Richtigkeit. Aber wir tun so, *als ob* es sie gäbe.

a) Böse Ironie: ... wir schlagen das Recht mit seinen eigenen Waffen

13 Die erste Form dieser Ironie, die böse Ironie, nimmt das Recht, aus welchen Gründen auch immer, letztlich nicht ernst. Sie bedient sich seiner aber, wenn es dem eigenen Vorteil dient. Im Extremfall bedient man sich des Rechts sogar, um es abzuschaffen.

Dies letztere dürfte, ja müsste die Position orthodoxer Marxisten sein: „Recht" ist für sie nichts anderes als ein ideologischer „Überbau", der die wahren Machtverhältnisse – nämlich die ökonomische Macht der Kapitalisten – verschleiert.[26] Um die wahrhaft gerechte Gesellschaft des Kommunismus zu verwirklichen („jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen"[27]), müssen daher Recht und Staat „absterben".[28] Und diesen Prozess kann man gerade dann vorantreiben, wenn man als Juristin oder Jurist weiß, „wie dieser Laden tickt".[29]

14 In weniger revolutionärer Form nimmt man das Recht als eine Art Theater, in böser Ironie: als eine Schmierenkomödie (wie man früher gesagt hätte) wahr. Aber man spielt notgedrungen mit („ich will ja nicht verhungern"). Oder wenn man es sportlich sieht: Man reizt einfach einmal aus, „was geht" – und ist selbst erstaunt, *was* alles geht.

Ein schönes Beispiel aus der Schweiz, das sich seiner „bösen" Ironie freilich so bewusst ist, dass es schon wieder gute Ironie ist:

---

24 Auf konkrete Beispiele verzichte ich. Der Strafrechtler *Till Zimmermann* hat offenbar viele solcher Urteile gesammelt, siehe den Bericht in Legal Tribune Online (https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/skurrile-urteile-buch-richter-reimen-humor/ <16.03.2024>).

25 Zum Begriff „Idealtypus" § 19 Fn. 1 mit Hinweis auf *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, § 1 I 6, auch 3 und 11.

26 *Karl Marx*, Zur Kritik der politischen Ökonomie (1859), Vorwort, in: Marx-Engels-Werke (MEW), Band 13, Berlin (DDR) 1961, S. 8 f.; dort auch die berühmte Stelle: „Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt das gesellschaftliche Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt."

27 *Karl Marx*, Kritik des Gothaer Programms [der deutschen Arbeiterpartei] (1875, posthum veröffentlicht 1891), in: Marx-Engels-Werke (MEW), Band 19, Berlin (DDR) 1987, S. 21.

28 *Friedrich Engels*, Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft (1882), in: Marx-Engels-Werke (MEW), Band 19, Berlin (DDR) 1987, S. 224; dort auch die schöne Formulierung: „An die Stelle der Regierung über Personen tritt die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsprozessen." – Der Genauigkeit halber: Es ist bei Marx und Engels explizit nur vom Absterben des Staates, nicht des Rechts die Rede; aber da das Recht keinen Eigenwert hat, sondern ein vom Staat verwendetes Herrschaftsinstrument ist, wird es wohl ebenfalls absterben.

29 Ich denke gerade an die Paradoxie der Toleranz: Man darf denjenigen gegenüber, die Toleranz abschaffen wollen, nicht tolerant sein. „Keine Freiheit den Feinden der Freiheit!"

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einige Klimaaktivisten spielten im Jahr 2018 in der Lausanner Filiale der Credit Suisse Tennis – um damit deren klimaschädliche Investitionen anzuprangern (Tennis, weil die Bank mit dem Tennisprofi Roger Federer Werbung betrieb.) Die Aktivisten wurden wegen Hausfriedensbruchs angeklagt, beriefen sich zur Verteidigung aber auf den sogenannten rechtfertigenden Notstand – und bekamen in erster Instanz vor dem Bezirksgericht Recht: Nur so habe man die nötige Aufmerksamkeit erzielen können. Damit ist die bis dato geltende Grenze des Begriffs „rechtfertigender Notstand" gewiss überschritten (schweizerisches Schulbeispiel: Ein Bergsteiger gerät in ein Unwetter und bricht eine Berghütte auf). Zwar hat das Kantonsgericht dieses Urteil aufgehoben und das Bundesgericht diesen Entscheid bestätigt.[30] Das Beispiel zeigt aber, dass die Grenzen von Rechtsbegriffen gelegentlich sehr kühn „ausgetestet" werden. 15

Mittlerweile zeigt sich der Lohn der Kühnheit: Das Argument „rechtfertigender Notstand bei Straftaten zu Gunsten des Klimaschutzes" ist in der Welt[31] und jüngst von Amtsgericht Flensburg[32] akzeptiert worden – Freispruch eines Aktivisten vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs. Der Mann hatte auf einem fremden Grundstück in Baumhäusern verweilt, um gegen die Rodung des Wäldchens zu Gunsten eines Hotelneubaus zu protestieren. Das Gericht sah darin – *distinguishing!* – keine reine Protestaktion (wie bei der Credit Suisse), sondern eine Aktion, die objektiv geeignet und erforderlich war, um das Klima, hier die Bäume, zu retten.

b) Gute Ironie: ... das Recht ist eine schöne Inszenierung

Gute Ironie geht ebenfalls davon aus, dass es keine rechtliche Richtigkeit gibt („die Gerichte tun eh, was sie wollen"). Und trotzdem spielt man mit, um wenigstens ab und zu ein Stück Gerechtigkeit zu verwirklichen, um wenigstens ab und zu eine interessengerechte Lösung zu finden, mit der beide Seiten leben können (und die man dann „dogmatisch irgendwie absichern muss"). Recht ist zwar nur ein Instrument – aber überlassen wir es besser nicht den Bösen. „Trotz alledem".[33] 16

Das wohl schönste Beispiel für ein solches „Trotzdem", für eine Hoffnung wider alle Hoffnung, ist Martin Luther mit seinem Spruch: Wenn ich wüsste, dass die Welt morgen untergeht, würde ich trotzdem heute noch ein Apfelbäumchen pflanzen.[34]

Oder ist das schon Pathos?

---

30 Bundesgericht, Urteil vom 26.05.2021 – 6B 1295/2020; Pressemitteilung: https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/6b_1295_2020_2021_06_11_T_d_15_37_44.pdf <16.03.2024>.

31 *Francesca Mascha Klein*: Die Rechtfertigung von Straftaten angesichts der Klimakrise, in: VerfBlog 2022/3/04, https://verfassungsblog.de/die-rechtfertigung-von-straftaten-angesichts-der-klimakrise/ <16.03.2024>.

32 Amtsgericht (AG) Flensburg, Urteil vom 07.11.2022 - 440 Cs 107 Js 7252/22 -, in: Klimarecht (KlimR) 2023, 25–30; dazu *Jana Wolf*, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand: Zum Freispruch von Klimaaktivist:innen durch das Amtsgericht Flensburg, in: VerfBlog 2022/11/14, https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/ <16.03.2024>.

33 Ein berühmtes Gedicht von Ferdinand Freiligrath, als Lied interpretiert u.a. von Wolf Biermann und Hannes Wader.

34 Ob Luther dies wirklich gesagt hat, ist allerdings umstritten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

17 Ein Beispiel für (noch) gute Ironie aus Sicht eines Verfassungsorgans ist eine Äußerung, die der damalige Ministerpräsident des Saarlandes und jetzige Bundesverfassungsrichter Peter Müller als Mitglied des Bundesrates getätigt hat. In einer politisch brisanten und sehr lebhaften Sitzung kam es nach der Abstimmung[35] zu einem kleinen Tumult, eines der Staatsoberhäupter (die Bundesländer sind Staaten) schlug sogar 25 mal mit der Faust aufs Pult (eine Anspielung auf Nikita Chruschtschow?[36]). Im Nachhinein stellte sich heraus: Dies war alles inszeniert, es war vorher so abgesprochen worden (und einige der Beteiligten waren erkennbar schlechte Schauspieler). Wie auch immer, Peter Müller kommentierte die Szenen zwei Tage später wie folgt:

„Es war Theater, aber legitimes Theater."[37]

18 So ähnlich halten es gute Ironiker auch mit dem Recht: Es ist eine schöne Inszenierung[38] für das, was sich aus anderen Gründen als vernünftig oder „legitim" erweist.

Nebenbei: „Szene" kommt von altgriechisch *skēnḗ* = Bühne. Eine Inszenierung bringt also etwas auf die Bühne.

2. Pathos: Es gibt rechtliche Richtigkeit, auch wenn …

19 Im Gegensatz zur Ironie stellt sich Pathos (altgriechisch eigentlich: Leiden, Leidenschaft; kurzes „a") emotional bejahend auf die Seite der eigenen Identität, auch wenn sie ihre Fehler hat: *right or wrong – my country*. Bob Dylan ist im Jahr 1966, also zu Zeiten starker Kritik an den USA wegen des Vietnam-Kriegs, in Paris demonstrativ vor einem großen Stars-and-Stripes-Banner aufgetreten.[39] In Bezug auf das Recht könnte man ein solches Pathos vielleicht so formulieren:

Es gibt rechtliche Richtigkeit, auch wenn keineswegs alles so läuft, wie ich es mir vorstelle.

20 Vielleicht sogar:

Es gibt rechtliche Richtigkeit, auch wenn ich niemals sicher sein kann, dass ich sie in meinen Entscheidungen bzw. Rechtsmeinungen wirklich erkannt habe.

Aber ich muss eine solche Richtigkeit *voraussetzen*, weil es sonst kein Recht gäbe – jedenfalls keines, in dem man sinnvoll über bessere und schlechtere Lösungen streiten kann. Anders gewendet: Ohne rechtliche Richtigkeit wäre Rechtswissenschaft – im wahrsten Sinn des Wortes – *sinnlos*.

---

35 Rechtlich stellte sich die Frage, ob die Abstimmung formell ordnungsgemäß erfolgt war, dazu BVerfGE 106, 310 – Bundesrat/Uneinheitliche Stimmabgabe (2002) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

36 Der sowjetische Staatschef Nikita Chruschtschow (1894–1971) hatte in einer Sitzung der UN-Vollversammlung empört mit einem Schuh auf das Pult geklopft (die Einzelheiten sind umstritten).

37 https://www.spiegel.de/politik/deutschland/eklat-im-bundesrat-die-union-spielte-legitimes-theater-a-188893.html; Video: https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2002/Eklat-nach-Drehbuch-Absurdes-Theater-im-Bundesrat,erste7964.html; alle Aufrufe 16.03.2024; zur Chruschtschow-Assoziation https://www.faz.net/aktuell/politik/bundesrats-eklat-theaterexperte-flimm-wowereit-cool-koch-schlecht-148985.html.

38 Interdisziplinär: *Laura Münkler/Julia Stenzel* (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019.

39 https://www.youtube.com/watch?v=xLG0T2IeGBY, ab Minute 12:31 <16.03.2024>.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Schlechtes Pathos: ... nur wir das Recht richtig erkennen

Allerdings ist zuzugeben: Es gibt auch schlechtes Pathos. Das schlechteste Pathos ist Selbstgerechtigkeit: „Das haben wir schon immer so gemacht, das kann ja wohl nicht falsch sein." Eine derartige Haltung beruht recht offensichtlich auf einem *bias*.[40] 21

Ein typischer *hind sight bias* ist es, wenn man eine bestimmte Art von Ausbildung, die man erfolgreich abgeschlossen hat, für sinnvoll hält – sinnvoll in Bezug auf das Ziel, dem sie angeblich dient. So hatte ich in meiner Zeit als Vorsitzender des Deutschen Juristen-Fakultätentags einmal ein Gespräch mit einem der Dekane (Fakultätschefs) über die sogenannte Schwerpunktausbildung und über die Themen-Klausuren, die an manchen Fakultäten in diesem Rahmen gestellt werden. (Die Klausuren im Pflichtfachbereich der Ersten Juristischen Prüfung verlangen von den Kandidaten die Anfertigung eines gerichtlichen Gutachtens zu einem festen Sachverhalt.) Von seiner Seite fiel das abschätzige Wort: „Märchenklausur". Nun gut. Aber ist es wirklich *sinnvoll*, dass angehende Juristen *nur* daraufhin geprüft werden, ob sie eine relativ standardisierte Situation („Falllösung") mit stark standardisierten „Schemata" (siehe § 23) in äußerst knapper Zeit bewältigen können? *In the long run* und im sozusagen Hauptfeld der Juristen – man denke an die Gaußsche Normalverteilung (dazu sogleich Rn. 27) – könnte dies zu einer gewissen Borniertheit führen und dem Ruf der Juristenzunft – und damit des Rechts – schaden.

b) Gutes Pathos: ... ich mir selbst nicht immer sicher bin

Das gute Pathos angesichts der Paradoxie des Rechts betont daher ganz im Gegenteil, dass man *niemals* weiß, ob man die richtige Entscheidung getroffen hat – es kann immer sein, dass man etwas übersehen oder eine falsche Schlussfolgerung gezogen hat. Oder man ist einem anderen *bias* aufgesessen. 22

Aber man kann nach bestem Wissen (!) und Gewissen (Ethik) alles getan haben, um seine Entscheidung nachvollziehbar – und damit auch kritisierbar – so zu *begründen*, dass die *besseren* Gründe für sie und gegen die Gegenansicht sprechen. Dies rechtfertigt es, die sozusagen *analoge* Skala der Begründung („besser/schlechter") in den *digitalen* Code der rechtlichen Entscheidung („richtig/falsch") zu transformieren. (Statt „digital" und „analog" könnte man auch sagen: „binär" und „nicht-binär").[41] 23

Dies wäre dann wohl so etwas wie die „Ethik" der Neuen juristischen Methodenlehre (NJML).[42]

3. Ironie und Pathos als Polarität

Man könnte vermutlich lange darüber streiten, ob Ironie oder Pathos die bessere Haltung ist. Wir wollen hier gleich das Ergebnis vorwegnehmen: Wahrscheinlich braucht man beides – wenn man nicht in einer totalitären Welt leben will. 24

40 Ausführlich zu den *biases* der Wahrnehmung unten § 35 III-V.

41 Siehe zu diesem Gedanken nochmals unter § 33 Rn. 8 und 42 im Kontext der „Vertretbarkeit". Zum „Konzept der besten Begründung" (Peter Lipton) in der Wissenschaft überhaupt siehe § 31 Rn. 60–61.

42 ... und es wäre nicht eine reine Gesinnungsethik!

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

25 *Für* die Ironiker spricht zunächst:

> Ironie wirkt meist intelligenter als Pathos.

Gegen sie spricht allerdings: Entweder begeben sich Ironiker in einen performativen Widerspruch, d.h., sie setzten in der Theorie etwas voraus, das sie durch ihre Praxis (*performance*) leugnen. „Es gibt keine rechtliche Richtigkeit"? Wie können sie aber dann in diesem Spiel, also nach *dessen* Regeln, was richtig und falsch ist, erfolgreich mitspielen? Gut, sie könnten sagen (und nur das wäre folgerichtig): Das ganze Spiel ist eine Farce. Recht ist *fake*. Richtig „richtig" kann nur etwas anderes sein: eine höhere, eine bessere Gerechtigkeit – eine Gerechtigkeit *anstelle* des Rechts. Aber dann muss man auch genauer angeben, wie diese Gerechtigkeit zu verwirklichen ist – ohne dass das Spiel zu einer reinen Machtfrage wird.

> Auf einem Kongress hat mich daher die Formulierung, man brauche im Recht „weniger Dogmatik, mehr Demokratie", durchaus alarmiert. Weniger gefällig ausgedrückt heißt dies nämlich: mehr Politik, weniger Recht. Und das bedeutet: mehr Machtkämpfe, weniger Sachlichkeit.[43]

26 Gegen die Pathetiker spricht: Sie wirken auf den ersten Blick weniger reflektiert, gar ein wenig langweilig (schon Platon hat gesagt, dass man aus dem Leben eines normalen Menschen, der brav seinen Job macht, keinen Roman und kein Theaterstück machen kann[44]). Vor allem aber kann zu viel Pathos dazu führen, sich gegen Kritik zu immunisieren und/oder Schwachpunkte der eigenen Welt zu übersehen und notwendige Selbstkritik zu verdrängen. Pathos kann, kurz und gut, in Selbstgefälligkeit und Selbstgerechtigkeit[45] umschlagen. Aber das muss nicht sein: Gutes Pathos steht für sich und seine Ideale ein – gerade im Bewusstsein ihrer Unvollkommenheit.

27 Von daher ist gegenüber der rechtlichen Richtigkeit im Recht wohl immer beides nötig: Ironie und Pathos. Es sind die zwei Pole der *einen* Welt, die wir als Ganze niemals total beherrschen (oder auch nur begreifen). Eine Welt, in der es nur selbstzufriedene Juristinnen und Juristen gäbe, wäre genauso unerträglich wie eine Welt, die nichts als juristische Komödianten kennt. Vielleicht lässt sich so die Paradoxie des Rechts am schönsten entschärfen.

> Luhmann selbst verwendet als Gegenbegriff zu „Paradoxie" übrigens den Begriff „Tautologie"[46]. Was damit gemeint ist, kann man sich am besten mit dem berühmten Gedicht von Erich Fried klar machen: „Es ist was es ist sagt die Liebe."[47]

---

43 „Sachlichkeit" ist das eigentliche Produkt der Jurisprudenz, siehe *Katharina Sobota* (jetzt *Gräfin von Schlieffen*), Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt a.M. 1990; genauer dazu § 32 Rn. 14–18.

44 *Platon*, Politeía, Buch X Kapitel 5–8; ein *aggiornamento*: *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 238.

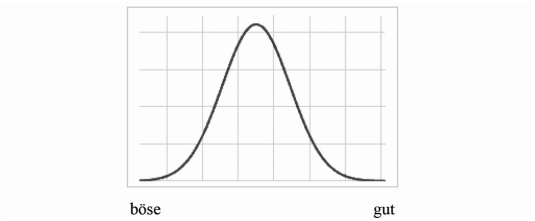
45 Und dies ist das vielleicht größte „Gegenwesen" zur Gerechtigkeit: *Alexander Hollerbach*, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 (66); erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc. 1996, S. 42–55.

46 Gelegentlich werden auch Wendungen wie „weißer Schimmel" als Tautologie bezeichnet; präziser gesagt sind es Pleonasmen.

47 *Erich Fried*, Was es ist, in: Gesammelte Werke, hrsg. von Volker Kaukoreit und Klaus Wagenbach, Gedichte 3, Berlin 1993, S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus aktuellem Anlass noch eine Klarstellung: Die Unterscheidung von guten und bösen Ironikern und Pathetikern ist natürlich nicht identitätspolitisch gemeint. Ich unterscheide nicht die Ewig-Guten von den Ewig-Bösen. Vielmehr sind wir alle (oder fast alle?) beides zugleich, Luther würde sagen: gerecht und Sünder,[48] mit Schwerpunkt mal mehr auf der einen oder der anderen Seite – ganz im Sinn der Gaußschen Normalverteilung.



Dies gilt natürlich auch für unsere Innenwelt („in jedem Mann steckt auch immer ein Schwein“[49]).

Wie auch immer, dies soll nun der letzte ironisch-pathetische Schlenker sein: Irgendwie setzen wir als Juristinnen und Juristen *immer* voraus, dass es rechtliche Richtigkeit gibt – sei es als eine funktionierende Fiktion in einem ironischen „Als ob“ oder „Trotz alledem“, sei es als eine wirkliche Wirklichkeit in einem pathetischen „so gut ich dies, bei allem Zweifel, kann“. 28

Andernfalls wäre das, was wir tun, kein Recht, sondern eine Farce (*fake*).

III. Rechtliche Richtigkeit als „regulatives Ideal“

Ein zweiter Weg zu einem sinnvollen Konzept rechtlicher Richtigkeit führt über die Philosophiegeschichte: Rechtliche Richtigkeit kann dann als „regulative Idee“ verstanden werden, heutigem Sprachgebrauch folgend sollte man freilich besser von **Ideal** statt von „Idee“ sprechen. Der klassische Ort, an dem diese Idee einer „regulativen Idee“ entwickelt wird, ist die „Kritik der reinen Vernunft“ (KrV) von Immanuel Kant.[50] Für Fachphilosophinnen und -philosophen ist dies eine Selbstverständlichkeit. Für Juristinnen und Juristen geradezu erhebend ist freilich, dass Kant an derjenige Stelle des Werks, die am zugänglichsten ist, ganz evident eine juristische Methode verwendet, genauer: die Relationstechnik, so wie sie der Amtsrichter im Zivilprozess anwendet (s.o. § 22).[51] 29

48 *Martin Luther*, Vorlesung über den Römerbrief [des Apostel Paulus] (1515/16), in: Luthers Werke, Weimar 1938, Band 56, S. 70: „Ideo simul sum peccator et Iustus, Quia facio malum et odio malum, quod facio.“ Im Internet zugänglich unter http://www.lutherdansk.dk/WA%2056/index.htm <11.05.2014>.

49 *Farin Urlaub*, Männer sind Schweine, auf: Die Ärzte, Album „13“ (1988), Song Nr. 13 (auch als Single und Video veröffentlicht).

50 *Immanuel Kant*, KrV B 172 f. (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 172 f.; „A“ wäre die erste Auflage), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

51 Dazu *Joachim Lege*, Wie juridisch ist die Vernunft? Kants „Kritik der reinen Vernunft“ und die richterliche Methode, in: Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP) 1990, S. 203–226.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Systemtheoretiker würden zudem erfreut beobachten[52], dass Kant mit dieser Methode eine Paradoxie[53] entschärft: Es gibt Freiheit, und es gibt sie nicht (siehe dazu sogleich).

1. Die Kritik der reinen Vernunft und ihre „Leitsterne"

30 Kant will in der KrV, ganz unbescheiden, philosophisch ergründen, was wir *wissen* können – aber auch und vielleicht noch mehr, was wir *nicht mehr* wissen können. Die Antwort lautet: Nur das, was wir anhand äußerer Erfahrung überprüfen können, nur das können wir *wissen*. Was darüber hinausgeht, daran können wir nur *glauben*. (Natürlich ist dies eine Ideologiekritik.)

Wenn zum Beispiel jemand behauptet, er fühle sich als Frau, obwohl das äußere Erscheinungsbild dagegen spricht, dann können wir das allenfalls glauben. Überprüfen können wir es nicht, wir stecken ja nicht in seiner Haut oder besser: Seele („Identität").

31 Der erste Witz bei Kant ist nun: Wir müssen, um überhaupt Erfahrungen machen zu können (aus denen Wissen entsteht), gewisse Formen und Begriffe *in uns selbst* voraussetzen. Sie sind uns, wie Kant sagt, *a priori* gegeben, das heißt: schon *vor* unserer Begegnung mit der Außenwelt. Konkret sind dies zunächst

- Raum und Zeit als **Formen** der „Sinnlichkeit", besser Wahrnehmung: Wenn sie fehlen, können wir uns überhaupt nicht orientieren (man denke an Demenzkranke);
- zwölf **Kategorien** des „Verstandes" (insbesondere Kausalität, ferner z.B. Einheit und Vielheit, Möglichkeit, Zufall, Realität): Sie lassen uns aus unserer Begegnung mit der Welt (= Erfahrung) Zusammenhänge erschließen (!), auf die wir allein durch Betrachtung der Außenwelt nicht kommen würden: Es wird immer wärmer, die Gletscher schmelzen? Es könnte seine Ursache (Kausalität!) im Verhalten der Menschen haben.

32 Das Problem ist dann freilich: Wenn man diese Kategorien „auf die Welt an sich und überhaupt" anwendet, kommt man schnell an seine Grenzen. „Die Welt hat einen Anfang in der Zeit"? Aber was war vor diesem Anfang? „Alles hat eine Ursache?" Aber was hat die erste Ursache verursacht? Gott? Antwort: Wir können es *nicht wissen*, weil es über unsere mögliche Erfahrung hinausgeht.

Ebenso: Dass ich genau *jetzt* genau *diesen* Einschub mache – ist das kausal völlig vorherbestimmt, oder ist es ein Akt meiner Freiheit (ich hätte auch anders können)?

33 Der zweite Witz bei Kant ist dann: Wir müssen uns auch dort, wo wir kein empirisch überprüfbares *Wissen* haben, irgendwie in der Welt orientieren.[54] Hierzu nun dienen,

52 „Beobachtung" und „Selbstbeobachtung" sind zwei der vielen (!) Grundbegriffe der Systemtheorie, siehe *Luhmann*, Soziale Systeme (Fn. 8), S. 12. – Bereits hier versuchsweise: *Rechtliche* Richtigkeit ist die regulative Idee bei der Beobachtung des Rechts von Seiten der Jurisprudenz; *juristische* Richtigkeit ist die regulative Idee bei der Selbstbeobachtung der Jurisprudenz (vgl. § 33 II).

53 Zum Begriff oben Rn. 4–6.

54 *Kant*, KrV B 294–297 (Fn. 50): Es gibt eine „Insel" des Verstandes, auf der man sich mit Empirie gut zurechtfindet, und einen „stürmischen Ozean", auf dem die Vernunft sich orientieren muss, wo aber auch „manche Nebelbank" wartet.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sozusagen als Leitsterne, Begriffe nicht des Verstandes, sondern der Vernunft (i.e.S.[55]). Konkret sind es in der KrV diese

– drei **Ideen** der Vernunft: „Seele“ (Identität!), ein „höchstes Wesen“ (Gott) und vor allem: „Freiheit“ (Kurzformel: Gott, Freiheit, Unsterblichkeit[56]). Würden wir nicht *a priori voraussetzen*, dass es Freiheit „gibt“, wir könnten niemandem vorwerfen, dass er gegen Regeln, auch Rechtsregeln, verstößt: Er oder sie könnte ja gar nicht anders!

Aber können wir *beweisen*, dass es Freiheit gibt?

Das ist nun der dritte, im Kern juristische Witz: Wir können es nicht. Wir können aber 34
auch das Gegenteil nicht beweisen: dass es *keine* Freiheit gibt. Kant **begründet** dies, indem er die beiden konträren Positionen wie in einer Situation von Klage und Widerklage gegenüberstellt (§ 22 Rn. 23–24) und sodann als „Beweis“ jeweils die gegnerische Position widerlegt[57] – so dass am Ende beide Seiten mit ihren „überschwänglichen Behauptungen“ scheitern:

Thesis	Antithesis
Die Kausalität nach Gesetzen der Natur ist nicht die einzige, aus welcher die Erscheinungen der Welt insgesamt abgeleitet werden können. Es ist noch eine Kausalität durch Freiheit zu Erklärung derselben anzunehmen notwendig.	Es ist keine Freiheit, sondern alles in der Welt geschieht lediglich nach Gesetzen der Natur.
Beweis	Beweis
Man nehme an, es gebe keine andere Kausalität als nach Gesetzen der Natur; so setzt alles, *was geschieht*, einen vorigen Zustand voraus, auf den es unausbleiblich nach einer Regel folgt. (…)	Setzet: es gebe eine *Freiheit* im transzendentalen Verstande … Es setzt aber ein jeder Anfang zu handeln einen Zustand der noch nicht handelnden Ursache voraus … Wir haben also nichts als Natur (…)

Anders gewendet: Beide Behauptungen gehen über die mögliche Erfahrung hinaus, 35
beider Beweis würde in einen unendlichen Regress münden. Wenn aber nicht bewiesen ist, dass alles kausal determiniert ist, dann ist Freiheit jedenfalls *nicht unmöglich*.[58] Man darf sie deshalb *voraussetzen*, wenn dies in bestimmten Kontexten *sinnvoll* ist – etwa wenn man Menschen für ihr Handeln rechtlich zur Verantwortung ziehen will.

55 Vernunft im weiteren Sinn (i.w.S.) ist bei Kant unser gesamter „Erkenntnisapparat“ (der Begriff stammt von Konrad Lorenz), bestehend aus (1) Sinnlichkeit, (2) Verstand und (3) Vernunft im engeren Sinn (i.e.S).

56 *Kant*, KrV B XXIX f. (Vorwort zur zweiten Auflage).

57 *Kant*, KrV B 472–478.

58 *Kant*, KrV B 586: „… dass Natur der Kausalität aus Freiheit wenigstens *nicht widerstreite*, das war das einzige, was wir leisten konnten, und woran es uns auch einzig und allein gelegen war“ (Hervorhebung im Original).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

36 Der vierte Witz, es ist der selbstkritische, lautet schließlich: Wir dürfen von diesen Ideen nur einen „regulativen", nicht aber einen „konstitutiven" Gebrauch machen. Insbesondere dürfen wir aus dem Begriff „Gott" nicht ableiten, dass es ihn gibt (denn das können wir empirisch nicht beweisen). Ein solcher Vernunftgebrauch wäre faul und dreist.[59] Wir dürfen Gott aber voraussetzen, um die Hoffnung nicht zu verlieren.[60]

Atheisten könnten nüchtern sagen: Wir dürfen voraussetzen, dass „das Gute" sich lohnt.

2. Gerechtigkeit als regulatives Ideal des Rechts

37 Für unseren Kontext ist nun gar nicht so wichtig, *welches* die „regulativen Ideen" Kants in der KrV sind – er nennt sie in der zweiten Auflage „Gott, Freiheit und Unsterblichkeit" (statt Unsterblichkeit wäre „Seele" oder auch, mit der heutigen Psychologie, „Persönlichkeit" gewiss schöner). Aus heutiger Sicht ist viel wichtiger und einleuchtender, Begriffe wie „Wahrheit", „Richtigkeit", vielleicht auch „Schönheit", jedenfalls aber auch: „Gerechtigkeit" als regulative Ideale zu begreifen: Wir können niemals in einem konkreten Fall mit völliger Sicherheit behaupten, dass eine bestimmte Aussage „wahr" ist oder eine bestimmte Lösung „gerecht". Es bleibt immer die Möglichkeit, dass man sich geirrt hat. Nichtsdestoweniger dürfen, ja müssen wir „so etwas wie" Wahrheit oder Gerechtigkeit voraussetzen, sonst hätte unser Reden und unser Handeln keinen *wirklichen Sinn*.

a) Die „Rechtsidee" bei Gustav Radbruch

38 Der Rechtsphilosoph, der die **Gerechtigkeit** geradezu klassisch als „Idee" bzw. „Ideal" im Sinne Kants begreift, und zwar als *die* Idee des Rechts, ist Gustav Radbruch (wir haben ihn schon erwähnt). Er schreibt in seiner „Rechtsphilosophie":

> „Der Rechtsbegriff kann nicht anders bestimmt werden denn als die Gegebenheit, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen. Recht kann ungerecht sein (…), aber es ist Recht nur, weil es den Sinn hat, gerecht zu sein."[61]

Und etwas später (mit Hervorhebung im Original):

> „*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.*" (…) „Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit. (…)"[62]

39 Ist dies alles nun nutzlose, abgehobene Philosophie?

Nun, in einem ersten Schritt hat Radbruch schon selbst in seiner Rechtsphilosophie das Ideal der Gerechtigkeit „konkretisiert", nämlich aufgefächert in drei Bestandteile[63]:

---

59 *Kant*, KrV B 716 f.

60 Die drei großen Fragen der Kritik der reinen Vernunft lauten ja: Was kann ich wissen? Was soll ich tun? Was darf ich hoffen? (B 833).

61 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 91 (§ 1 gegen Ende).

62 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 61), S. 119 (§ 4 am Anfang).

63 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 61), S. 164–169 (§ 9); Radbruch spricht, auch dies in Anlehnung an Kant, von den „Antinomien" der Rechtsidee.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gleichheit im aristotelischen[64] Sinn (oben § 11 Rn. 35–38) als die Ur-Idee,

Rechtssicherheit (im Sinn von Vorhersehbarkeit und Durchsetzung des Rechts; anders gewendet: *certitudo* und *securitas*[65]),

Zweckmäßigkeit (heute vielleicht am besten zu interpretieren als: Verhältnismäßigkeit).

Man steht als Jurist also nicht mit völlig leeren Händen da, wenn man gefragt wird: Was hat euer Recht mit Gerechtigkeit zu tun? Habt ihr da ein bisschen was Handfesteres? (Dass man es mit der Verhältnismäßigkeit nicht übertreiben darf, haben wir schon erwähnt.[66])

b) Das „Recht“ des Nationalsozialismus: Hitlers Zynismus

Wie „nützlich“ ein solches Ideal des Rechts ist, zeigt sich in einem zweiten Schritt jedenfalls dann, wenn man es mit Menschen zu tun bekommt, die das Recht nicht mehr nur ironisch, sondern zynisch betrachten und handhaben: Menschen, die das Recht verachten, Menschen, die das Recht allenfalls als ein Machtinstrument verstehen (und nicht als einen Appell an den Anstand der Mächtigen). Menschen, denen es um nichts als Macht und Gewalt (*force*, nicht *power*) geht.[67] Wie kann man begründen, dass ein „Recht“, das sie setzen, dass die Gesetze, die sie erlassen, in Wirklichkeit gar kein Recht, sondern eine Farce sind? 40

Diese Frage ist – natürlich – nach dem Ende des Nationalsozialismus akut geworden. Durften die Gerichte nach dem Krieg Menschen, die einen Mitbürger wegen seiner Kritik an Hitler und am Krieg denunziert hatten – und ihn damit der Todesstrafe überliefert – … durften, ja sollten die Gerichte solche Menschen wegen Beihilfe zum Mord verurteilen? Oder gar die Richter, die diese Strafe verhängt hatten? Nach dem NS-Recht „zur Zeit der Tat“[68] hatten die Denunzianten doch gar nichts Verbotenes getan (Rechtssicherheit!), es war sogar erwünscht, beim Ausmerzen von „Volksschädlingen“ behilflich zu sein! 41

In diesem Kontext ist die berühmte Radbruchsche Formel[69] entstanden. Sie nimmt in ihrer zweiten Variante (ich werde sie von der ersten absetzen) ganz explizit Bezug auf die „Rechtsidee“, also auf das *Ideal* der Gerechtigkeit, und besagt: Ein Recht, dass dieses 42

64 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 61), S. 121–123 (§ 4 in der Mitte), wo ausdrücklich auf Aristoteles Bezug genommen wird.

65 Dazu *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 23 II, in Anlehnung an *Theodor Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 63 ff.: Orientierungssicherheit und Realisierungssicherheit.

66 Siehe § 15b Rn. 50 f. – Luhmann hat einmal gesagt: Sinn des *Rechtsstaats* ist die Verhinderung des Schlusses vom Zweck auf das Mittel (ich zitiere aus dem Gedächtnis).

67 Ich denke an *Laurie Anderson*, O Superman, auf dem Album „Big Science“ (1981): „'Cause when love is gone, there's always justice. And when justice is gone, there's always force. And when force is gone …“.

68 Siehe Art. 103 Abs. 2 GG – Grundgesetz –: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Gleichlautend § 1 StGB – Strafgesetzbuch –.

69 Über sie gibt es mittlerweile ganze Bibliotheken. Insbesondere ist umstritten, ob oder inwieweit sich Radbruch mit dieser Formel vom Rechtspositivismus verabschiedet hat. Weil man unter „Positivismus“ durchaus Verschiedenes verstehen kann, ist dies wenig fruchtbar.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ideal nicht einmal mehr zu erstreben versucht, ist kein Recht mehr. Es ist Nicht-Recht. Insofern, aber auch nur insofern, *konstituiert* die Gerechtigkeit das Recht (und bleibt im Übrigen regulativ!).

Die „Radbruchsche Formel" lautet (Hervorhebungen und Ergänzungen J.L.)[70]:

> „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „**unrichtiges Recht**" der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen,
>
> eine **andere Grenzziehung** aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht", vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur [= **Nicht-Recht**]. Denn man kann das **Recht**, auch positives Recht, gar nicht anders definieren [!] denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn [!] nach dazu bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen [= **Rechtsidee**]. An diesem **Maßstab** [Kriterium] gemessen sind ganze Partien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt."

43 So weit ist die „Formel" meist bekannt. Weniger bekannt ist, dass Radbruch unmittelbar darauf auch „Ross und Reiter benennt", nämlich Hitler, und dass dieser nicht nur mit der Gerechtigkeit, sondern auch mit einer anderen regulativen Idee, nämlich der Wahrheit, seine Probleme hatte:

> „Die hervorstechendste Eigenschaft in **Hitlers Persönlichkeit**, die von ihm aus auch zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen „Rechts" geworden ist, war sein **völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechtssinn**: weil ihm jeder Wahrheitssinn fehlte, konnte er dem jeweils rednerisch Wirksamen ohne Scham und Skrupel den Akzent der Wahrheit geben; weil ihm jeder Rechtssinn fehlte, konnte er ohne Bedenken die krasseste Willkür zum Gesetz erheben."

Man wird sagen können, dass dies auch auf einige heutige Politiker zutreffen könnte. Einer von ihnen, eher ein Clown, ist kürzlich in London zurückgetreten. Ein zweiter erkennt bis heute nicht an, dass er eine Wahl verloren hat.

Weniger bekannt ist übrigens auch, worum es in dem **Fall** ging, auf den sich – neben anderen Fällen – Radbruchs berühmter Aufsatz bezog. Es war ein **Klospruch**, er lautete: „Hitler ist ein Massenmörder und schuld am Kriege."[71]

44 Bekannt ist wiederum, dass sich nach dem Ende der DDR im Hinblick auf die sogenannten „Mauerschützen" dasselbe Problem stellte: Durften nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik deren Gerichte einen DDR-Grenzsoldaten, der an der innerdeutschen Grenze einen sogenannten Republikflüchtling erschossen hatte, wegen Totschlags verurteilen? Und vor allem auch seine Befehlshaber? In diesem

70 *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), S. 105–108, zitiert nach: Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 339–350 (345 f.).

71 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 70), S. 340.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kontext ist denn auch die Radbruchsche Formel aus dem Archiv der nutzlosen Fächer „hervorgekramt“ worden.[72]

Den letzten Satz schreibe ich mit einer gewissen Bitterkeit. Der Abbau der sogenannten Grundlagenfächer in Deutschland (Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie) ist blamabel, gerade im internationalen Vergleich.

c) Gerechtigkeit als „Kontingenzformel“

Man könnte nun einwenden: Das ist doch alles ziemlich „idealistisch“. Vielleicht kann man diesen Einwand kontern, indem man nach Kant und Radbruch einen dritten Rahmen wählt – auch wenn er auf den ersten Blick wieder leicht abgehoben wirkt. Gemeint ist Luhmanns Systemtheorie. In ihr wird Gerechtigkeit als „Kontingenzformel“ bezeichnet.[73] Gemeint ist damit im Grunde nicht sehr viel anderes als Kants „regulative Idee“, freilich erweitert um die Zeit- und die Sozialdimension,[74] kurz: um die *Geschichtlichkeit* des Rechts. „Kontingent“ ist nämlich alles, was weder zufällig noch notwendig ist, was also durch eine Vorgeschichte geprägt wird (heute spricht man gelegentlich von „Pfadabhängigkeit“[75]), aber nicht für die Zukunft determiniert. Dann ist klar, dass „Gerechtigkeit als Kontingenzformel“ heißt: 45

Unter Gerechtigkeit verstand und versteht man zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Gesellschaften Verschiedenes.

Das ist natürlich keine allzu überraschende Erkenntnis. Wichtig an der systemtheoretischen Formulierung ist jedoch: Wenn man das Recht so wie in der modernen Gesellschaft[76] als ein „Funktionssystem“ begreift, das sich von anderen „Funktionssystemen“ wie „Politik“, „Wirtschaft“, „Wissenschaft“, „Religion“ deutlich absetzt und ihnen gegenüber seine Eigenständigkeit bewahrt – dann wird klar: 46

Das Recht darf sich *seinen* Begriff, *sein* regulatives Ideal von Gerechtigkeit nicht von anderen Systemen diktieren lassen – nicht von der Wirtschaft[77], nicht von der Politik[78], nicht von der Religion[79] oder gar der Moral[80] (welcher?). Sondern wir alle, die wir das Recht gestalten, indem wir im Recht leben, müssen uns im Recht auf dessen elementare Spielregeln einlassen, von denen die wichtigsten lauten: wir können nicht immer Recht haben (siehe schon vor § 30); deshalb hat auch niemand die „Gerechtigkeit“ für sich allein gepachtet; wir müssen vielmehr immer wieder versuchen, sie von Fall zu Fall zu verwirklichen.

---

72 BVerfGE 95, 96 (134 f.) – Mauerschützen (1996); zuvor BGHSt 39, 1 (15 f.) – Mauerschützen I (1992) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen); in BGHSt 40, 218 – Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR (1994) – wird die Formel nicht mehr genannt.

73 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, Kapitel 5.

74 Siehe Fn. 8.

75 Dazu jetzt aus Sicht des Rechts *Nico Schröter*, Pfadabhängigkeit und Recht, Tübingen 2024.

76 Das ist sehr wichtig! Funktionssysteme gibt es nicht immer schon und überall auf der Welt, es gibt sie erst und nur in der modernen Gesellschaft – und sie sind die eigentlichen Voraussetzungen von Freiheit.

77 Deren Kontingenzformel lautet übrigens „Knappheit“.

78 Deren Kontingenzformel lautet „Gemeinwohl“.

79 Deren Kontingenzformel lautet „Gott“.

80 Die Moral ist bei Luhmann kein Funktionssystem, sondern ein Medium.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wobei es allerdings immer Gewinner *und Verlierer* gibt – die das Recht dann ungerecht finden … (natürlich ist dies ein weiteres Paradox des Rechts).

47 Kurz: Es kann, ja es muss – sozusagen begriffsnotwendig – immer auch ungerechtes Recht geben (wie im Sport ungerechte Niederlagen). Eben deshalb muss man dann aber versuchen, unterhalb der „großen Formel" des Rechts – also der **Gerechtigkeit** – ein Geflecht von Kriterien zu entwickeln, das angesichts der vielen Fälle wenigstens so etwas wie Gleichbehandlung und Rechtssicherheit gewährleistet. Ab einem gewissen Komplexitätsgrad der Gesellschaft braucht man dafür dann Spezialisten, also Juristen. Und das „Geflecht", das diese Rechtsspezialisten knüpfen, oder sagen wir: den Sinnzusammenhang, den sie herstellen (zum Begriff § 5 Rn. 40–59), den nennen wir in Deutschland **Dogmatik** (zum Begriff § 11 Rn. 8).

Natürlich müssen auch die anderen Funktionssysteme nach ihren eigenen Kriterien entscheiden, wie sie ihre „Kontingenzformeln" ausfüllen. Es wäre z.B. durchaus übergriffig, wenn die Wirtschaft der Politik vorschreiben wollte, was das „Gemeinwohl" ist.

3. Rechtliche und juristische Richtigkeit als regulative Ideale der Jurisprudenz

48 Wichtig ist nun: Dieser Sinnzusammenhang „Dogmatik" erhebt einen *eigenen* Anspruch, „richtige" und „falsche" Entscheidungen voneinander zu unterscheiden – allerdings nicht gemäß dem Kriterium „gerecht" oder „ungerecht", sondern „rechtmäßig" oder „rechtswidrig". Diese Unterscheidung hätte nun aber gar keinen Sinn, wenn man nicht **voraussetzen** würde, dass man diese Prädikate rechtlich richtig zuteilen kann – anders gewendet: dass es **rechtliche Richtigkeit** „gibt".

Dies allerdings nur – wie die Gerechtigkeit – als **regulatives** Ideal. Denn zugleich macht dieser Sinnzusammenhang „Dogmatik" – genauer, machen die Akteure, die sich in ihm bewegen, kurz: machen alle Juristen – die Erfahrung, dass es ganz verschiedene Meinungen über das geben kann, was rechtmäßig und rechtswidrig ist. Sollen sie sich deshalb aber gegenseitig für Deppen halten? Nein, sie müssen wohl anerkennen, dass auch hier niemand die Wahrheit, niemand die „rechtliche Richtigkeit" gepachtet hat.

49 Gerade deshalb muss es dann aber wohl eine Möglichkeit geben, unter den verschiedenen juristischen **Meinungen** die „richtigen" von den „falschen" zu unterscheiden. Kurz: Man muss offenbar auch hier ein regulatives Ideal **voraussetzen**, nämlich **juristische Richtigkeit**. Diese juristische Richtigkeit ist glücklicherweise etwas anders gestrickt als die rechtliche Richtigkeit: Es geht beim Streit von Rechtsmeinungen nicht um ein binäres „ja oder nein" (und etwas Drittes gibt es nicht) wie bei der Unterscheidung „rechtmäßig/rechtswidrig". Vielmehr geht es um ein graduelles „besser oder schlechter": Manche Meinungen sind überzeugender begründet als andere – und manche „gehen gar nicht".

50 Aber nach welchen Kriterien entscheiden die Juristen dann dies? Gibt es für die Meinungen Noten wie beim Turniertanz? Oder kommen wir hier – das dürfte die juristische Ad-hoc-Antwort sein – mit unserem rationalen Denken an die Grenze? So dass es letztlich auf so etwas wie die „richtige Wertung" ankommt? Und woher bekommen wir die? Müssen wir auf so etwas wie Ethik zurückgreifen?

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Um die Antwort vorwegzunehmen: ja, aber nur ein bisschen. Vor allem aber auf Ästhetik, genauer: auf eine juristische Ästhetik.

IV. Resümee und Ausblick

Halten wir kurz inne.

1. Drei regulative Ideale

Das Verhältnis von Gerechtigkeit, rechtlicher Richtigkeit und juristischer Richtigkeit ist vielschichtig. Ich will versuchen, es mit Hilfe von zwei Grundbegriffen der Systemtheorie – Beobachtung und Selbstbeobachtung[81] – nochmals zusammenzufassen: 51

(i) „Gerechtigkeit" ist das regulative Ideal bei der Selbstbeobachtung des Rechts.

Beteiligt daran sind, als Akteure, alle „Rechtsgenossen". Kriterium ist – völlig legitim – das, was sie als „gerecht oder ungerecht" empfinden. Eine emotionale Begründung allein reicht aber nicht weit: Vor ihren Gefühlen sind alle Menschen gleich.

(ii) „Rechtliche Richtigkeit" ist das regulative Ideal bei der Beobachtung des Rechts durch die Jurisprudenz (professionelle Rechtswissenschaft).

Das tun nur die Juristen, das ist ihre Perspektive auf das Recht (andere Perspektiven stehen ganz legitim daneben: Ökonomen dürfen gern ausrechnen, was ein Gesetz kosten wird). Zur Begründung der Richtigkeit dient das, was man **Dogmatik** nennt, und es gilt das harte Entweder-Oder: „rechtmäßig oder rechtswidrig".

(iii) „Juristische Richtigkeit" ist das regulative Ideal bei der Selbstbeobachtung der Jurisprudenz.

Auch dies tun naturgemäß nur Juristen. Dabei beurteilen sie lediglich, ob diese oder jene Meinung „besser oder schlechter begründet" ist. Man hat eine gewisse Nachsicht miteinander, man lässt verschiedene Meinungen gelten – aber auch nicht alle. Kriterium für die *Teilnahme* am Meinungsstreit ist vielmehr, dass die juristische Methode eingehalten wird – das ist nicht anders als in anderen Wissenschaften.[82] Diesen gelegentlichen Streit um die „richtige" (!) Methode könnte man recht gut – in Anlehnung an die Dogmatik – die juristische **Methodik** nennen[83] (es wäre dann, mit Luhmann, eine Art Selbstbeobachtung zweiter Ordnung).

Eingebürgert hat sich die Bezeichnung „**Methodenlehre**". 52

81 Siehe Fn. 52.

82 Allerdings ist auch in anderen Wissenschaften umstritten, was (noch) dazugehört und was nicht (mehr). Man denke an die Homöopathie oder an die Rassenlehre unseligen Angedenkens.

83 … und noch weiter in Anlehnung an die juristische Dogmatik könnte man juristische Methodik definieren als: die Gesamtheit der Lehren von der *juristischen* Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen. – Eine Abgrenzung zum Methodik-Begriff der Strukturierenden Rechtslehre (*Friedrich Müller*, *Ralph Christensen*) wäre reizvoll.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Logik, Ethik, Ästhetik

53 Die *Teilnahme* am juristischen Meinungsstreit ist nun freilich das eine – ob man *gewinnt oder verliert*, ist das andere. Wenn wir uns als Juristen doch alle der einen und selben Methode bedienen (sonst sind wir „raus") – wer begründet dann sein jeweiliges Ergebnis besser?

> Man mache sich klar: Juristisch interessant sind immer diejenigen Fälle, in denen man beide Seiten mit guten Gründen als „rechtlich richtig" darstellen kann[84] („*hard cases*"). Allerdings können Juristen, wie wir gesehen haben, auch ganz einfache Fälle zu Problemfällen machen – dies allerdings meist aus nicht-rechtlichen Gründen. Das Bundesverfassungsgericht hat die sehr einfache Subsumtion, dass die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) ganz eindeutig „darauf ausgeht", die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik zu beseitigen, aus politischen Gründen unterlassen und stattdessen den Begriff des Darauf-Ausgehens durchaus haarspalterisch problematisiert (gegenüber einem bloßen Darauf-ausgerichtet-Sein).[85]

Nun ist die Frage nach „richtig oder falsch" und „besser oder schlechter" ja eine normative Frage: Für welches Ergebnis, für welche Meinung **sollten** wir uns **entscheiden**? Insofern können wir uns nun daran erinnern, dass es drei normative Wissenschaften gibt und dass sie aufeinander aufbauen: Logik, Ethik und Ästhetik (s.o. Rn. 9). Für die juristische **Methodik** lässt sich dann sagen:

54 Mit „Logik, Logik, Logik" als dem konstituierenden Handwerkszeug der juristischen Methode haben wir uns zur Genüge beschäftigt (§§ 4 bis 29). Im folgenden § 31 wollen wir nun kurz darlegen, was man sich allgemein unter Ethik und Ästhetik vorzustellen hat. Sodann werden wir sehen – das ist zugleich die **zweite Hauptthese** der **NJML**:

> **Entscheidend** für die rechtliche und juristische Richtigkeit ist in der Sachdimension[86] nicht die Ethik, sondern die Juristische **Ästhetik** (§§ 33 und 34).

Was damit gemeint ist, werden wir näher erläutern. Und wir müssen es natürlich auch von dem abgrenzen, was in der deutschen Jurisprudenz bislang zum Thema „Ästhetik" diskutiert wurde (§ 32).

---

84 Man kann dann sogar ein Theaterstück daraus machen, ich spiele an auf *Ferdinand von Schirach*, Terror. Ein Theaterstück und eine Rede, 7. Aufl., München 2016. Werbetext: „Ein Terrorist kapert eine Passagiermaschine und zwingt die Piloten, Kurs auf ein voll besetztes Fußballstadion zu nehmen. Gegen den Befehl seiner Vorgesetzten schießt ein Kampfpilot der Luftwaffe das Flugzeug in letzter Minute ab, alle Passagiere sterben. Der Pilot muss sich vor Gericht für sein Handeln verantworten. Seine Richter sind die Theaterbesucher, sie müssen über Schuld oder Unschuld urteilen." Man erkennt unschwer: Es handelt sich um eine Dramatisierung der Entscheidung BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz (2005). Mit Recht sehr kritisch *Wolfgang Schild*, Verwirrende Rechtsbelehrung. Zu Ferdinand von Schirachs „Terror", 2. Aufl., Berlin etc. 2016.

85 Siehe oben § 29 Rn. 26–32. – Ziel war, die NPD aus politischen Gründen nicht zu verbieten. Nun gut: Es ging auch darum, mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nicht in Konflikt zu geraten.

86 Siehe Fn. 8. – Zu „Sachlichkeit" als Produkt der Rhetorik (!) siehe schon Fn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

Wir haben uns in § 30 mit „rechtlicher Richtigkeit" beschäftigt und diese Idee, wenn man so will, gegen erkenntnistheoretische Einwände verteidigt. Wir müssen uns nun mit einem weiteren, sehr ernst zu nehmenden Einwand beschäftigen. Er lautet in etwa: 1

> „Rechtliche Richtigkeit", schön und gut – eine rechtliche Entscheidung sollte aber „auch ethisch"[1], ja: vor allem ethisch richtig sein.

Wir werden freilich sehen, dass „die" Ethik für die Jurisprudenz keine große Hilfe ist (I). Stattdessen ist der letzte Halt der Jurisprudenz in der Ästhetik (II) zu suchen. Dies müssen wir zunächst „von innen her" näher ausführen (§§ 31–34). Wir werden es sodann „von außen" mit neueren Erkenntnissen der Kognitionswissenschaft (= Erkenntnispsychologie) und der mit ihr verbundenen Verhaltensökonomie[2] untermauern können (§§ 35–36).

I. Zum Begriff Ethik

Ethik ist *en vogue*. Ein deutliches Zeichen hierfür sind die Kataloge geisteswissenschaftlicher Verlage. Dort heißt die Abteilung „Philosophie" neuerdings „Philosophie und Ethik" – als wenn die Ethik nicht nach wie vor nur ein Teil der Philosophie wäre! 2

> Eine alte Einteilung der Philosophie lautet: Logik – Ethik – Ästhetik (wir haben es schon erwähnt). Heute könnte man wohl wie folgt untergliedern: Erkenntnistheorie – Ethik (das kann so bleiben) – Kulturphilosophie.

Es erscheint daher nötig, wenigstens im Groben ein paar Begriffsklärungen vorzunehmen.

1. Ethik als Philosophie der Moral – und des Rechts!

Die erste und wichtigste Klärung lautet: Ethik darf man nicht verwechseln mit Moral, vielmehr ist Moral der *Gegenstand* der Ethik. Unter Moral (von lateinisch *mos* = die Sitte) versteht man in einem ersten Zugriff das, was „sittlich gut" und „sittlich böse" ist. Allerdings darf man dann unter „Sitte" nicht etwa Tischsitten („Benimmregeln") 3

---

1 Siehe für das **Jurastudium** § 5a Abs. 3 Deutsches Richtergesetz (**DRiG**): „Die Inhalte des Studiums berücksichtigen die **ethischen Grundlagen** des Rechts und fördern die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts (…)". Leider ist dies eine eher symbolische Gesetzgebung. Das wird schon daran deutlich, dass sogleich eine lange weitere Wunschliste folgt: „… sie [die Inhalte] berücksichtigen ferner die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre [!?!] und Kommunikationsfähigkeit." Da wird dann die Ethik recht schnell zur *quantité négligeable* (= vernachlässigbaren Größe). Oder sagen wir es milder: Das ist alles „nicht wirklich" ernst gemeint. – Siehe auch Fn. 11.

2 Die enge Verbindung von Kognition („Denken") und Verhalten („Praxis") wird hier erneut deutlich. Sie verträgt sich wunderbar mit dem pragmatistischen Ansatz der NJML.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder gar die Sexualmoral verstehen („Sitte" im Sinn von Sittenpolizei[3]). Mit „Sitten" im philosophisch-herkömmlichen, freilich als Terminus antiquierten Sinn sind vielmehr gemeint: **soziale Normen** (Verhaltensregeln). **Ethik** ist daher die Wissenschaft, die soziale Normen hinterfragt.

4 Kants Hauptwerk zur Ethik trägt den Titel „Die Metaphysik der Sitten" (1797).[4] Das lässt sich recht gut übersetzen mit: „Die Philosophie sozialer Normen".

Nebenbei: Im Wort „Metaphysik" steckt in der Tat das Hinterfragen. Altgriechisch *metá* bedeutet „hinter", Meta-Physik ist daher das, was wir „hinter der Natur" (*physis*) vermuten. Zum Beispiel Natur„gesetze" (wer gibt sie eigentlich?[5]) oder eine Evolution.

5 In einem zweiten Zugriff kann man dann unter den sozialen Normen nochmals unterscheiden zwischen den Normen der **Moral** (im sozusagen engeren Sinn) und den Normen des **Rechts**. Man unterscheidet sie im Groben dadurch, dass Rechtsnormen zwangsweise durchgesetzt werden können, während die Normen der Moral freiwillig befolgt werden müssen. Die ethisch zu hinterfragenden Probleme sind dann vornehmlich: (a) ob bzw. wann der rechtliche Zwang *legitim* ist (Rechtsstaat! Gerechtigkeit?), und ob (b) zum „freien" Willen beim Befolgen moralischer Normen auch noch ein „guter Wille" hinzukommen muss – warum man also auch dann nicht gegen moralische Normen verstoßen sollte, wenn es keiner sieht.[6] Das kann hier nicht vertieft werden. Wohl aber können wir feststellen, dass man die **Ethik** – als Philosophie sozialer Normen – auch wie folgt untergliedern kann: **Rechtsphilosophie** und **Moralphilosophie**.

Demgemäß unterteilt sich denn auch Kants „Metaphysik der Sitten" in zwei Teile: eine „Rechtslehre" und eine „Tugendlehre".[7] – Die Frage, ob man einen guten Willen braucht, um ein guter Mensch zu sein, oder ob es reicht, sich äußerlich an die Normen zu halten, hat Kant bereits zuvor in der berühmten „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten" von 1785 beantwortet: mit dem noch berühmteren Kategorischen Imperativ.[8]

---

3 „Sittenpolizei" war der mittlerweile veraltete Ausdruck für diejenige Abteilung der Kriminalpolizei, die es mit Sexualdelikten, Prostitution, Zuhälterei und so weiter zu tun hatte.

4 Erschienen in Königsberg.

5 Im christlichen Mittelalter war es ganz klar: Der Gesetzgeber ist Gott. Der Arbeitskreis Ideengeschichte der Deutschen Sektion der IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie) hat im Jahr 2003 herausgearbeitet, wie sich der Gesetzesbegriff seither ausdifferenziert hat. Tagungsband: *Manfred Walther/Norbert Brieskorn/Kay Waechter* (Hrsg.), Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne?, Stuttgart 2008; Tagungsbericht: *Joachim Lege*, Das Mehrdeutigwerden des Gesetzesbegriffs und die Neuformulierung der Naturrechtslehre: Von Thomas von Aquin zur Spanischen Spätscholastik, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 90 (2004), S. 427–431.

6 Klassische Erzählung dazu bei *Platon*, Politeía II 3 (359c-360d): der Ring des Gyges, der diesen unsichtbar machte – was er kräftig ausnutzte, um Böses zu tun. – Die Fantasy-Trilogie „Der Herr der Ringe" von J. R. R. Tolkien (1892–1973) greift dieses Motiv bekanntlich auf. - Der Titel von Platons Buch „Politeía" wird meist falsch mit „Der Staat" übersetzt (richtig ist: „Die gute Verfassung des Staates"). Mein Dialog mit dem Buch: *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

7 *Immanuel Kant*, MdS (Die Metaphysik der Sitten [original: in zwey Theilen], Königsberg 1797), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VIII, Frankfurt a.M. 1977. – Die beiden Teile heißen genau besehen: „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre" und „Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre".

8 *Immanuel Kant*, GMS BA 52 (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785 [A], 2. Aufl. 1786 [B], S. 52): „… handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde"(S. 52), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Halten wir also fest: Ethik ist nicht gleich Moral – man müsste ja auch gleich fragen: *welche* Moral? Die christliche, die herrschende, eine „*woke*" Moral der LGBTQ⁺-Bewegung? Was macht diese jeweilige Moral aber besser als andere, sagen wir: als stockkonservative oder radikal-religiöse Moralvorstellungen? Außer dass sie eben „herrscht" oder in der öffentlichen Meinung „vorherrscht"? *Das* zu begründen ist die Aufgabe der Ethik. (Und wir vermuten schon hier: Ganz ohne Ästhetik wird „es sich nicht ausgehen".[9]) 6

Das Gleiche gilt dann natürlich auch für das Recht: Was macht unser Recht besser als andere Vorstellungen von Recht? Wenn es daher in § 5a Abs. 3 des Deutschen Richtergesetzes neuerdings[10] heißt: 7

> **§ 5a Abs. 3** Die Inhalte des Studiums berücksichtigen die ethischen Grundlagen des Rechts und fördern die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts; (…)

… dann ist dies nicht etwa die Verpflichtung auf bestimmte moralische Wertvorstellungen außerhalb des Rechts. Am besten sollte man es deuten[11] als Plädoyer für dasjenige Fach der Ethik, das sich eben mit dem Recht beschäftigt: Rechtsphilosophie (wobei diese natürlich nicht nur von gelernten Juristinnen und Juristen, sondern auch von Nicht-Juristen betrieben werden darf[12]).

---

a.M. 1974. – Statt „durch die" würden wir heute sagen: „von der". – „Metaphysik der Sitten" übersetzt man am besten mit: „Rechts- und Moralphilosophie".

9 Für Norddeutsche: Das österreichisch-süddeutsche „es geht sich aus" bedeutet ungefähr „es genügt, es reicht aus". Also: Ohne Ästhetik wird es nicht gehen.

10 Eine kleine Realsatire: Diese doch nicht eigentlich unwichtige Änderung wurde verabschiedet als Artikel 4 („Änderung des Deutschen Richtergesetzes") von 25 (!) Artikeln des – jetzt kommt's –: „Gesetzes zur Änderung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften" vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154–2203 [2172]).

11 Der Gesetzgeber selbst schreibt (Bundestags-Drucksache 19/30503, S. 21 f., Anmerkungen J.L.):

„Studierende und Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare sollen erlernen, die rechtlichen und ethischen Konflikte, die mit den verschiedenen juristischen Tätigkeiten verbunden sein können, zu erkennen und selbstständig damit umzugehen. Ihnen soll ein methodisches [?] Reflexionspotenzial [?] zur Behandlung ethischer Dilemmata [?] an den Schnittstellen [hä?] von Recht und Ethik vermittelt werden. (…)

Die Neuregelung [in § 5a DRiG-E] betont die Notwendigkeit, dass sich angehende Juristinnen und Juristen auch mit dem nationalsozialistischen Unrecht, dem Unrecht der SED-Diktatur sowie den ethischen Grundlagen des Rechts befassen (…)

§ 5a Absatz 3 Satz 1 DRiG-E betont, dass sich angehende Juristinnen und Juristen aktiv [?] mit der Bedeutung der ethischen Grundlagen des Rechts befassen sollen, um das Recht kritisch reflektieren zu können."

Das ist ein ganz erbärmliches Gesülze. In Wahrheit gab es einen hartnäckigen Ministerialbeamten, der auch noch nach Eintritt in den Ruhestand unbedingt in das Deutsche Richtergesetz hineingeschrieben haben wollte, dass die Beschäftigung mit dem NS-Unrecht zum Pflichtstoff des Jurastudiums gehört. Das hat man ihm dann letztlich gewährt – sofern im Gegenzug auch das DDR-Recht (oder Unrecht?) hinzukommt. Und, na gut, ein bisschen Ethik und kritische Reflexion.

12 Allerdings sollten sich die Nicht-Juristen bemühen, das Recht zunächst einmal zu verstehen – vielleicht kann dieses Buch Appetit machen. – *Alexander Hollerbach* hat in der Zeit, als man (mit Recht) forderte, Juristen sollten „sozialwissenschaftlich informiert sein", einmal gekontert: „Man wird freilich entsprechend in anderer Stoßrichtung fordern dürfen, dass die benachbarten Sozialwissenschaften sich ihrerseits als rechtswissenschaftlich informiert erweisen" (Artikel „Rechtswissenschaft", in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Spalte 758; Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 86–97 [95]).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Umso bedauerlicher, dass die Rechtsphilosophie und auch die anderen Grundlagenfächer an den deutschen juristischen Fakultäten immer mehr zurückgefahren werden.

2. Die Ethik als Gesamtheit und ihre Bereichsethiken

8 Eine weitere Unterscheidung resultiert aus einer Mehrdeutigkeit des Begriffs Ethik. Zum einen ist Ethik die gesamte Philosophie sozialer Normen. Zum anderen haben unterschiedliche „Bereiche" des Sozialen ihre je eigene Moral und/oder Ethik – man denke spontan an Tierethik, Medizinethik oder auch Rechtsethik.

a) Die Vielfalt „der" Ethik

9 Was zunächst „die Ethik" als **Gesamtheit** angeht, so kann man sie weiter untergliedern etwa in normative und deskriptive Ethik, Metaethik und angewandte Ethik etc. – dies ist das weite Feld der Ethik als eines Bereichs der „Fachphilosophie", wie sie an den Universitäten in Forschung und Lehre betrieben wird.[13]

Ein Großteil besteht dann freilich darin, verschiedene „Schulen" oder Richtungen der Ethik zunächst einmal zu verstehen – man denke an Utilitarismus (= zu erstreben ist „das größte Glück der größten Zahl"), an Deontologie (= die Lehre vom unbedingten Sollen), an Sentimentalismus (= wir haben einen *moral sense*), an Tugendethik (mit Pflichten auch gegen sich selbst!); des weiteren etwa an Kontraktualismus (die Lehren von Vertragsgerechtigkeit, einschließlich der Lehren vom Staat als vertraglichem Konstrukt), an Voluntarismus, Kognitivismus und Nonkognitivismus, Idealismus, Historismus, Nihilismus – und was es der **-ismen** mehr gibt.

10 Angesichts dieser Vielfalt halte ich eigentlich immer noch die folgende Definition von Ethik für die prägnanteste[14]:

Ethik ist die Lehre – oder die Gesamtheit der Lehren – von **Gut und Böse**. Wobei ich den Begriff „Gut und Böse"[15] freilich so weit fassen möchte, dass er auch das „rechtlich Richtige und Falsche" umfasst.

Wie auch immer, die Themen dieser Ethik als Gesamtheit sind dann etwa: Wie verhält sich das Gute zum Glück (hat man darauf ein Recht – *pursuit of happiness*! –, muss man sich seiner würdig erweisen, welches ist der höhere Wert)? Was ist Freiheit, und wo findet sie ihre Grenzen? Was ist Gerechtigkeit, und inwieweit ist dies eine Frage des Rechts? Oder auch konkreter: Darf man sich selbst töten? Wie weit geht das Verbot zu lügen? Und was sind eigentlich Werte?

---

13 Sehr zu empfehlen: *Micha H. Werner*, Einführung in die Ethik, Berlin 2021 (auch online im *open access*); *Herlinde Pauer-Studer*, Einführung in die Ethik, 3. Aufl., Wien 2020; *Annemarie Pieper*, Einführung in die Ethik, 7. Aufl., Tübingen 2017. Interessant: *Dagmar Fenner*, Angewandte Ethik, 2. Aufl., Tübingen 2022, S. 54 f., klammert die „Rechtsethik" ausdrücklich aus: Dies sei kein so neues Feld wie etwa Naturethik, Wissenschaftsethik, Medienethik.

14 „Prägnant" bedeutet wörtlich „schwanger", noch wörtlicher: vor (*prae*) dem Geburtsakt (*gnans*; wer geboren ist, ist dann *natus* (daher das englische *native*); übertragen bedeutet „prägnant" demnach: „fruchtbar".

15 „Böse", weil „Gut und Schlecht" zu blass ist. Bei *Annemarie Pieper* (Fn. 13), S. 147–152, ist „Gut und Böse" die dritte „Grundfrage" der Ethik: neben „Glückseligkeit" und „Freiheit und Determination".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Insoweit kann man je nach Schule zu durchaus unterschiedlichen Meinungen kommen. Darf man z.B. einen Menschen töten, um dadurch fünf andere zu retten?[16] Oder gar Tausende? 11

> Man denke auch ganz prominent an das Luftsicherheitsgesetz, also das Problem, ob eine von Terroristen gekaperte Passagiermaschine abgeschossen werden darf, um zu verhindern, dass sie in ein vollbesetztes Fußballstadion (oder ein Atomkraftwerk, eine Staumauer) gesteuert wird.[17]

Utilitaristen (erstrebenswert ist „das größte Glück der größten Zahl") dürften zu anderen Ergebnissen kommen (je mehr gerettete Leben, desto besser) als deontologische Richtungen (keine Aufrechnung von Leben gegen Leben oder gar Würde gegen Würde). Kurz: Der Wert „Menschenleben" ist für die einen kommensurabel, für die anderen nicht.

> Nach welchen Kriterien soll dann aber das Recht gegebenenfalls diesen ethischen Wertekonflikt entscheiden? Wohl irgendwie nach seinen eigenen (siehe dazu dieses Buch).

b) Bereichsethiken: Sachbezug und Personenbezug

Was schließlich die **Bereichsethiken** angeht,[18] so kann man sie einerseits an bestimmten Sachthemen festmachen, andererseits an bestimmten Personengruppen. Die Medizinethik umfasst daher zum einen Sachprobleme wie z.B. die Frage, nach welchen Kriterien im Transplantationswesen die Spenderorgane zu verteilen sind,[19] zum anderen die sogenannte Standesethik der Ärzte. Beides hängt natürlich eng miteinander zusammen. 12

> Der ursprüngliche Hippokratische Eid enthielt zum Beispiel ein striktes Verbot der Abtreibung und der Sterbehilfe. Die heutige Fassung (Genfer Gelöbnis) ist da differenzierter.[20]

Das Gleiche gilt für die **Rechtsethik**. Auch hier kann man Sachthemen – wie halten wir es mit der Menschenwürde, wie rechtfertigt man die Demokratie, wenn wir mit ihr eigentlich alles andere rechtfertigen? – von „Persönlichkeitsthemen" unterscheiden: Was verlangt das Recht vom Einzelnen, sei es nun als Rechtsunterworfener oder als Angehöriger des „Rechtsstabes", insbesondere als Juristin oder Jurist. 13

---

16 Das Problem ist neuerdings als „Trolley-Problem" derart populär geworden, dass ich als Nachweis auf das online-Lexikon *wikipedia* verweisen darf. Dort wird nicht nur auf die Philosophin Philippa Foot (1920–2010) hingewiesen, sondern auch, als gleichsam Vorgänger, auf die Strafrechtler Hans Welzel (1904–1977) und Karl Engisch (1899–1990).

17 BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz (2005) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite); dazu auch schon § 30 Rn. 53 Fn. 84.

18 Der Begriff „Bereichsethik" stammt aus der Fachphilosophie.

19 Ganz wunderbar dazu *Heinrich Lang*, Deregulierte Verantwortungslosigkeit? Transplantationsrecht im Spannungsfeld von Kostendruck, regulierter Selbstregulierung und staatlicher Funktionsverantwortung, in: Medizinrecht (MedR) 2005, 269–279.

20 Der Hippokratische Eid ist zugänglich etwa bei der Hippokratischen Gesellschaft Schweiz (https://hippokrates.ch/wichtige-texte/eid-des-hippokrates <27.03.2024>), die Deklaration von Genf bei der Bundesärztekammer (https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Themen/Internationales/Bundesaerztekammer_Deklaration_von_Genf_04.pdf <27.03.2024>).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einen Teil davon haben wir schon vorweggenommen: bei der Erörterung von Ironie und Pathos als Haltung (Ethos, altgriechisch *éthos*[21]) angesichts des Paradoxons „rechtliche Richtigkeit".

3. Folgerungen für die Rechtsethik

14 Ethik ist somit, wie wir nur andeuten konnten, ein weites Feld (Moral kann demgegenüber sehr engstirnig sein). Sie bedürfte einer eigenen Darstellung, die hier nicht geleistet werden kann.[22] Wohl aber können wir für diejenige Bereichsethik, die sozusagen den Horizont oder auch Rahmen (*frame*) der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) bildet – also für die Rechtsethik –, einige vorsichtige Folgerungen ziehen.

a) Rechtliche Richtigkeit als Postulat der Ethik

15 Das erste und vielleicht überraschende Ergebnis lautet: *Rechtliche* Richtigkeit ist ein Postulat der *Ethik*. Dies liegt daran, dass „Recht und Moral"[23] – oder sagen wir besser: Recht und andere soziale Normen – zwar nicht voneinander zu trennen, wohl aber zu unterscheiden sind. Mehr noch: Wenn man unter „Moral" das jeweils verschiedene Normengeflecht verschiedener sozialer Welten versteht, dann hat auch das Recht seine Moral – *seine* Moral. Und das heißt dann eben auch: *sein* Ideal (seine „regulative Idee") von Richtigkeit. Diese Richtigkeit darf man nicht im Namen anderer Moralvorstellungen übertrumpfen[24] (wenn man *im Recht* bleiben will[25]).

Plakativ steht für diesen Gedanken das Werk „The Morality of Law" von Lon Fuller (1902–1978), erschienen schon 1964 und erst jetzt (!) auf Deutsch erhältlich.[26] Allerdings entwickelt Fuller keine „Idee" des Rechts, sondern acht Grundsätze, denen ein Recht entsprechen sollte, um gutes Recht zu sein: (1) Es muss überhaupt Regeln (*rules at all*) geben, nicht immer nur ad-hoc-Entscheidungen; (2) die Regeln müssen hinreichend bekanntgemacht sein; (3) kein Missbrauch rückwirkender Gesetzgebung; (4) die Regeln müssen verständlich (!) sein (*understandable*); (5) keine widersprüchlichen Regeln (natürlich eine Sache der Logik!); (6) keine Verpflichtung

21 Altgriechisch *éthos* (mit langem „e") bedeutet zunächst „gewöhnlicher Aufenthaltsort, Standort, Weideplatz", sodann „Gewohnheit, Brauch, Sitte", schließlich „Charakter, Denkweise, Sinnesart". Daneben bedeutet *éthos* (mit kurzem „e") nur „Gewohnheit, Sitte, Brauch". Im Deutschen wird hingegen für den Begriff „Haltung" das Wort „Ethos" mit kurzem „e" verwendet.

22 Standardwerk: *Dietmar von der Pfordten*, Rechtsethik, 2. Aufl., München 2011; siehe auch schon *Dietmar von der Pfordten*, Rechtsethik, in: Julian Nida-Rümelin (Hrsg.), Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung, Stuttgart 1996, S. 200–290.

23 Ein klassisches Thema der Rechtsphilosophie, es wird in allen Lehrbüchern behandelt. Mein Beitrag: *Joachim Lege*, „Recht und Moral". Überlegungen zu einer altehrwürdigen Antithese, in: Manuel Atienza,/Enrico Pattaro/Martin Schulte/Boris Topornin/Dieter Wyduckel (Hrsg.), Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 217–224.

24 Nebenbei: Zur Idee von Rechten als politischen Trümpfen gegenüber kollektiven Zielen siehe § 18 Rn. 94.

25 Zu Alternativen zum Recht siehe sogleich unter 3.

26 *Lon Fuller*, The Morality of Law, New Haven etc. 1964; die deutsche Übersetzung von Christoph Bezemek erscheint sehr passend gerade bei Meiner. – Doktorarbeit: *Achim Doerfer*, Die Moral des Rechts. Zur Rechtsphilosophie Lon L. Fullers, Baden-Baden 2006. Der Titel führt in die Irre: Es geht gerade nicht um „Moral", sondern um *Moralität*, dazu sogleich Rn. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beyond the powers der Betroffenen (kein *ultra posse*)[27]; (7) keine ständigen Änderungen der Regeln; (8) „Kongruenz" zwischen den Regeln und ihrer Administration.[28]

Natürlich sind dies Prinzipen, die „bei uns" zum Rechtsstaatsprinzip gehören – und man könnte einmal überlegen, ob nicht die ständige Änderung von Gesetzen, einschließlich der Verfassung und neuerdings besonders gern des Strafgesetzbuchs (!), gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößt. 16

b) Zum Ethos: Achtung vor dem Recht

Zweites Ergebnis, wohl nicht weniger überraschend: Wenn auch das Recht seine Moral hat – *seine eigene* Moral –, dann kann man offenbar auch im Rechtlichen „moralisch richtig" und „moralisch falsch" handeln. Was könnte dies bedeuten? 17

Nun, insoweit kann man anknüpfen an Kants „Metaphysik der Sitten". Unter „Moralität" im weiten Sinn versteht Kant dort ein Handeln „aus Achtung vor dem Gesetz". „Aus Achtung", das bedeutet: nicht aus anderen Motiven („Beweggründen"[29]), etwa aus Angst vor Strafe oder Hoffnung auf Belohnung. Und „vor dem Gesetz" – da würde ich lieber sagen: aus Achtung vor einer (als legitim anzuerkennenden) „sozialen Norm" (Regel, Verhaltensvorschrift). Genau besehen **unterscheidet** Kant dann allerdings bei den Gesetzen solche des Rechts („*juridische* Gesetze") von solchen der Moral im engeren Sinn – Kant nennt sie leider, weil für unser Begriffssystem verwirrend, „*ethische*" Gesetze. Und sowohl die rechtlich-„juridischen" als auch die „ethischen" Gesetze kann man *aus Achtung* vor ihnen befolgen (oder eben nicht).[30]

Über Kant hinaus könnte man dann die Moralität, aus der heraus man „ethisch" handelt, als „Ethizität" bezeichnen, und die Moralität, mit der man aus Achtung vor dem *Recht* handelt, als Juridität oder gar „**Juridizität**".[31] 18

Weil das nicht besonders schön klingt, habe ich auch einmal den Terminus „Zivilität" vorgeschlagen (denn Achtung vor dem Recht ist das, was Zivilisation ausmacht).[32] Oder vielleicht nennt man es am besten schlicht „Rechtlichkeit"[33]?

Den Begriff „Legalität" kann man hierfür hingegen nicht nehmen: Kant bezeichnet mit ihm das bloß äußerliche Befolgen von Normen (sei es aus Angst vor Strafe oder aus Hoffnung auf Belohnung), während bei der „Moralität" eben die Norm selbst – oder besser die Achtung vor ihr – das Motiv (den „Beweggrund") des Handelns liefert (*be good for goodness' sake*).

---

27 Latein: jenseits des Könnens. Anders gewendet: Das Recht darf nicht Unmögliches verlangen.

28 *Lon Fuller*, Morality (Fn. 26), S. 38 f.

29 Lateinisch *movere* = bewegen.

30 Zum Ganzen *Joachim Lege*, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478.

31 Dies wäre dann auch eine Gegenposition zum Fachphilosophen *Daniel Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin 2017.

32 *Lege*, Abscheu (Fn. 30), S. 467.

33 *Alexander Hollerbach*, Rechtsethik, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Sp. 692–694; Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

19 Was bedeutet dann aber Achtung vor dem *Recht* ganz pragmatisch? Für eine erste, nicht als abschließend gedachte Liste kann man notieren:

– Es darf keine Position geben, die immer Recht hat.[34] Dies wäre eine Perversion des Rechts, weil sich diese Person oder Institution damit über das Recht stellen würde.

– Die größte Untugend ist demgemäß Selbstgerechtigkeit.[35]

Dazu gehört insbesondere auch ein Nicht-gelten(!)-lassen anderer Meinungen.

– Selbst wenn man das Recht als ein politisches Instrument betrachtet, um Gerechtigkeit herzustellen,[36] darf man es nicht zu einem *bloßen* Instrument, zu einem bloßen Objekt machen – andernfalls verletzt man seine Würde.

20 Natürlich ist dies eine Anspielung auf die sogenannte „Objektformel" zur Würde des Menschen, die zu achten (!) Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt vorschreibt – und die natürlich auf Kant zurückgeht.[37] – Noch etwas pathetischer übrigens Hegel: „Das Recht ist etwas Heiliges überhaupt."[38]

Eine reine Instrumentalisierung liegt etwa vor, wenn „die Politik" der öffentlichen Meinung vorgaukelt, gesellschaftliche Makroprobleme ließen sich mit eilends zusammengeschusterten Strafgesetzen lösen (Stichwort: „Kölner Silvesternacht", § 184j StGB – Straftaten aus Gruppen[39]).

Letzte Anmerkung: Vielleicht ist es nur eine *façon de parler* (unterschiedliche Formulierung) ob man sagt, das Recht sei ein Instrument, mit dem man pfleglich umzugehen hat; oder ob man sagt, das Recht sei heilig, aber wir wollen niemanden gewaltsam zu diesem rechten Glauben bekehren.

21 – Nicht zu vergessen schließlich: Recht verlangt, wenn es verletzt wird, persönlichen Einsatz[40] – den Einsatz von Menschen, die für das Recht eintreten, sei es im Einzelfall, sei es für das Recht insgesamt.

Denn wir haben in vielen Bereichen nichts Besseres.

---

34 So auch *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 549: „Das System kann keine Positionen vorsehen, die *auf alle Fälle* Recht haben bzw. Recht bekommen. ‚Auf alle Fälle'- das heißt: ohne Rücksicht auf die Konditionen des Systems." Dazu auch *Joachim Lege*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man als Jurist Rechtsphilosophie? Ein systemtheoretischer Versuch, in: Rolf Gröschner/Martin Morlok (Hrsg.): Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs (ARSP-Beiheft 71), Stuttgart 1997, S. 83–104 (92).

35 Sie ist geradezu das „ethische Gegenwesen" zur Gerechtigkeit, so *Alexander Hollerbach*, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 (66); erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc. 1996, S. 42–55.

36 Dies ein Zugeständnis an eine in Amerika verbreitete Auffassung.

37 Dazu schon § 5 III Rn. 93 mit Fn. 178; Vermittler war der Tübinger Staatsrechtler Günter Dürig (1920–1996).

38 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 30; zitiert nach: Werke Band 7, Frankfurt a.M. 1970.

39 Dazu *Joachim Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zu StGB, 4. Aufl. 2021, Rn. 2: „Der Tatbestand wurde gegen alle Bedenken aus reinem *Populismus* im Rechtsausschuss durchgedrückt."

40 *Hollerbach*, Reflexionen (Fn. 35), S. 66: Gerechtigkeit „kommt nicht automatisch zustande, sondern es bedarf immerzu des engagierten Einsatzes".

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Alternativen zum Recht

Damit ist anerkannt, dass man mit dem Recht nicht *alle* Probleme lösen kann.[41] Man kann niemanden rechtlich zur Liebe zwingen, auch nicht zu einem Glauben oder zu einer bestimmten Weltanschauung – etwa im Hinblick darauf, ob es biologisch betrachtet nur zwei Geschlechter gibt oder nicht.[42] Auch sollte man es nicht rechtlich sanktionieren, wenn jemand zu spät zu einer Verabredung kommt und dergleichen mehr. Kurz, man muss anerkennen, dass in manchen Bereichen das Recht (und rechtlicher Zwang) nicht die beste Lösung ist. 22

Gelegentlich habe ich sogar gesagt: „Recht ist immer nur die zweitbeste Lösung. Besser sind Liebe oder Gewalt."

Allerdings gilt dies „besser" nur, wenn man der Stärkere ist. Deshalb ist die zweitbeste Lösung eben doch in vielen Bereichen besser als die beste.

Wie auch immer, es ist ein durchaus berechtigter Ansatz in der **Ethik**, nach Alternativen zum Recht zu suchen und zu fragen: Was funktioniert in welchen Bereichen besser als das Recht?[43] 23

So betrachtet, könnte man nicht zuletzt Luhmanns Theorie der „Funktionssysteme" (Recht, Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, sogar Kunst, Religion etc.) als ethisch, zumindest ethisch relevant bezeichnen.[44] Explizit ethisch hat Michael Walzer untersucht, nach welchen Kriterien in welchen gesellschaftlichen Bereichen („Sphären") das zu verteilen ist, was die Menschen begehren.[45] Und gegenüber dem Funktionssystem „Wirtschaft" wäre zu betonen, dass man auch mit Geld nicht alle Probleme lösen kann.[46]

Sehr bedenkenswert im Übrigen der leicht paradoxe Gedanke, es könne ein „Recht auf Nicht-Recht" geben.[47]

---

41 Deshalb beginnt *Kurt Seelmann/Daniela Demko*, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München 2019, § 1, sehr sinnvoll mit einer „Alternativendebatte".

42 Im Juli 2022 gab es an der Humboldt-Universität zu Berlin einen kleinen Skandal. Die Biologie-Doktorandin Marie-Louise Vollbrecht kündigte für die „Lange Nacht der Wissenschaften" – also für ein allgemeines Publikum – einen Vortrag mit dem Titel an: „Geschlecht ist nicht (Ge)schlecht – Sex, Gender und warum es in der Biologie zwei Geschlechter gibt". Er wurde von der Universität in vorauseilendem Gehorsam gegenüber angekündigten Protesten abgesagt.

43 Man denke auch an den Spruch „Gnade vor Recht". Zum Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten siehe Art. 60 Abs. 2 GG. Es steht gerade in der Kritik.

44 Vermutlich hätte ihn das amüsiert, vgl. *Luhmann*, Recht der Gesellschaft (Fn. 34), S. 25.

45 In einem Wort: die „Güter", wobei das allererste und wichtigste Gut die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft ist; siehe *Michael Walzer*, Spheres of Justice (1983), deutsch: Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit, Frankfurt a.M. etc., 1992.

46 Auch die Wirtschaft lebt von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann – und geradezu zuvörderst von einem funktionierenden Recht. – Zum sogenannten Böckenförde-Diktum siehe § 5 II Rn. 54 mit Fn. 119, § 9 Rn. 16.

47 *Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink* (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, Velbrück 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Resümee

24 Wir können festhalten: Von „der Ethik" kann das Recht keine große Hilfe erwarten, insbesondere nicht von der Moralphilosophie. Ganz im Gegenteil muss das Recht häufig Fragen entscheiden, die innerhalb der Ethik hoch umstritten sind. Woran orientiert sich das Recht aber dann?

II. Zum Begriff Ästhetik

25 Die These der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) lautet: Recht und Jurisprudenz orientieren sich an einer spezifisch rechtlichen und juristischen Ästhetik. Sie ist für das Recht und für die Jurisprudenz der letzte Halt. Für die meisten Juristinnen und Juristen wird dies zunächst befremdlich klingen: Was hat das Recht mit Schönheit, was hat es gar mit Kunst und Design zu tun? Diesem Einwand läge freilich ein zu enges Verständnis von Ästhetik zu Grunde.

Wir wollen daher – es geht in diesem Buch ja auch darum, die Verständigung zu erleichtern – in einem ersten Schritt die klassischen Bereiche „der" Ästhetik betrachten (1). In einem zweiten Schritt wollen wir das Verhältnis von Ästhetik und Wahrheit (als einer Form von Richtigkeit) untersuchen (2). Ein dritter Schritt soll klar machen, was Ästhetik leistet: nämlich dort Konsens (wörtlich: Zusammen-Sinn) schaffen, „wo Worte versagen" (3). Dies beantwortet aber noch nicht die Frage, ob es auch im Ästhetischen so etwas wie *Richtigkeit* gibt, und die Antwort wird lauten: ja, Gelingen und Gelungenheit (4, 5).

1. Die klassischen Bereiche der Ästhetik

26 Die klassischen Bereiche der Ästhetik lassen sich auf die Kurzformel bringen: von der Wahrnehmung über das Schöne und Erhabene zum Authentischen.[48]

a) Ästhetik als Lehre von der Wahrnehmung (aísthēsis)

27 Geht man vom altgriechischen Ursprung aus, so bedeutet das Verb *aisthánesthai* „wahrnehmen", *aísthēsis* ist dementsprechend die Wahrnehmung. „Ästhetik" ist daher zunächst nichts anderes als die Lehre von der Wahrnehmung mit den Sinnen – vor allem Auge und Ohr. Und weil man sich offenbar lange vorstellte, dass Auge und Ohr die Welt nicht nur passiv wahrnehmen, sondern auch aktiv-normativ beurteilen, war der Schritt zur Ästhetik als Lehre vom Schönen nicht weit.

„Sie haben ein gutes Auge" kann bedeuten: Sie machen schöne Fotos.

28 Auf der Landkarte der Vernunft,[49] die Immanuel Kant (1724–1804) in der „Kritik der reinen Vernunft" (1781) zeichnet, erhält die Ästhetik dann einen ganz anderen Anwendungsbereich (dazu schon § 30 Rn. 31). Sie bleibt zwar die Lehre von der Wahrnehmung, jedoch ist hier nicht die Wahrnehmung durch Sinnesorgane gemeint (Auge,

48 Siehe dazu bereits *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 306–326.
49 Wenn man so will: auf seiner *map* des Geistes (*mind*).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ohr etc.), sondern eine „Sinnlichkeit", die zwei „reine Formen" kennt: Raum und Zeit – sie sind die Bedingungen der Möglichkeit[50] von Weltwahrnehmung (und damit Erfahrung) überhaupt. Diese „Transzendentale Ästhetik" ist freilich nur das knappe Vorspiel zur „Transzendentalen Logik", die davon handelt, wie diese Daten der Wahrnehmung verarbeitet werden: teils vom Verstand (in der „Transzendentalen Analytik"), teils von der Vernunft i.e.S.[51] („Transzendentale Dialektik").

Zu Kants Überlegungen betreffend das Schöne und das Erhabene sogleich unter c.

b) Ästhetik als Lehre vom Geschmack (je ne sais quoi, Takt, Stil)

Als Ursprung der neuzeitlichen Ästhetik gilt – zeitlich ein gutes Jahrhundert vor Kant – häufig der spanische Theologe und Jesuit Baltasar Gracián (1601–1658). Er ist Entdecker einer sozusagen soziologischen Ästhetik, verkörpert im Begriff „Geschmack". Dieser Geschmack (*gusto*) ermöglicht es, dass man in einer Welt sich radikal ändernder sozialer Normen doch das Richtige treffen und angemessen handeln kann – man möchte fast sagen: sich durchschlagen. In diesem Sinn finden sich in Graciáns berühmtestem Werk, dem *Oráculo manual y arte de prudencia* von 1647 – auf Deutsch: „Handorakel und Kunst der Klugheit"[52] – in knappem Stil (meist 10 bis 20 Zeilen) eine ganze Reihe von Regeln und Empfehlungen zur Selbstbehauptung und Selbstdarstellung. 29

Zum Beispiel die Nummer 149 – „Schlimmes anderen aufhalsen können" – und die Nummer 150 – „Seine Sachen herauszustreichen verstehen".

Das Besondere an diesem sozialen Geschmack ist, dass man nicht recht *sagen* kann, was denn einen guten und schlechten Geschmack ausmacht. In Frankreich kommt daher für dieses gewisse Etwas, das man haben muss, ohne dass man es definieren und „wissen" kann, die Wendung auf: *je ne sais quoi*.[53] In dieselbe Richtung geht der Begriff „Takt" – seine ästhetische Herkunft[54] liegt auf der Hand – in seiner Bedeutung von „sicheres Gefühl für das Richtige und Schickliche" (im Deutschen üblich seit dem 18. Jahrhundert).[55] Wohl erst an der Wende zum 20. Jahrhundert wird aus dem Begriff „Stil" – er stammt aus der antiken Rhetorik[56] und ist seit dem 16. Jahrhundert zudem 30

50 „Bedingung der Möglichkeit" ist die beste Kurzformel für Kants „Transzendentalphilosophie": Erst bestimmte „Formen" und „Begriffe" in unserem Geist (im Sinn von *mind*) machen Erfahrung überhaupt *möglich*; aber sie machen nur *mögliche* Erfahrung möglich – folglich können wir manche Dinge gerade *nicht* wissen (z.B. ob es Gott und Freiheit *wirklich* gibt). – Dazu schon § 30 Rn. 31–36.

51 Abkürzung für: im engeren Sinn. – Die Vernunft im weiteren Sinn (i.w.S.) – sie gibt der KrV den Namen – besteht bei Kant aus der Trias von Sinnlichkeit, Verstand und Vernunft im engeren Sinn.

52 *Baltasar Gracián*, Handorakel und Kunst der Weltklugheit (1647), Zürich 1991 (Übersetzung von Arthur Schopenhauer!); Neuübersetzung (von Hans Ulrich Gumbrecht!): Ditzingen 2020.

53 *Alfred Baeumler*, Das Irrationalitätsproblem in der Ästhetik und Logik des 18. Jahrhunderts bis zur Kritik der Urteilskraft (1923), Nachdruck der 2. Aufl. (1967) Darmstadt 1981, S. 20, 39 f. und durchgehend.

54 Lateinisch *tangere* (Partizip Perfekt *tactus*) = berühren.

55 *Redaktion*, Takt, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh), Band 10, Basel 2007, Spalte 882–884.

56 Von lateinisch *stilus* = der Griffel; „Stil" ist also ursprünglich die persönliche, individuelle „Handschrift".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Kategorie in Musik, Malerei etc. – auch im Alltagsleben eine Bezeichnung für die „persönliche Handschrift", die man z.B. in der Kleidung oder im Auftreten pflegt.[57]

Der Begriff „Mode" wird im Deutschen seit dem 17. Jahrhundert heimisch „zur Bezeichnung des neuen Geschmacks der Kleidung und später des Betragens".[58] Kant hat sich zur Mode kritisch geäußert, allerdings auch zugegeben: „Besser ist es aber doch immer, ein Narr in der Mode als ein Narr außer der Mode zu sein (...)."[59]

c) Ästhetik als Lehre vom Schönen und Erhabenen (Baumgarten und Kant)

31 aa) Offenbar waren die Deutschen, wie Kant sagt, die ersten und „einzigen, welche sich ... des Worts Ästhetik bedien[t]en, um dadurch das zu bezeichnen, was andere Kritik des Geschmacks heißen".[60] Gemeint war damit der von Kant durchaus geschätzte, etwas ältere Philosophenkollege Alexander Gottlieb Baumgarten (1714–1762). In seinem Werk „Aesthetica" – ein unvollendetes, auf Latein verfasstes Buch von rund 800 Paragraphen – hatte Baumgarten versucht, neben die Wissenschaft rationaler Erkenntnis, also neben die Logik, eine Wissenschaft sinnlicher Erkenntnis (*scientia cognitionis sensitiva*) zu stellen, eben die **Ästhetik**[61] – und zwar mit gleichem Rang. Als ihr Ziel bezeichnet Baumgarten die Vollkommenheit (*perfectio*), und das heißt: Schönheit (*pulchritudo*) der sinnlichen Erkenntnis.[62]

32 Es könnte sein, dass Kant hiervon beeinflusst war, als er in seiner „Logik" – einem Spätwerk, das er nicht mehr selbst herausgegeben hat – der „logischen Vollkommenheit" recht breiten Raum gewidmet hat.[63]

33 Was Baumgarten angeht, dies noch zur Vertiefung: Baumgarten setzt voraus (ich möchte sagen: als Kontingenzformel, § 30 Rn. 45–47), dass es neben der logischen auch eine „ästhetische Wahrheit"[64] (und Falschheit[65]) gibt, die subjektiv geprägt ist.[66] Irgendwie geht es also auch Baumgarten – wie Gracián, aber eben deutsch-professoral – um eine Emanzipation des subjektiven, „emotionalen" Urteils gegenüber objektiv-deduzierten Wahrheiten – „und zwar in der Weise **quer durch die Wissen-**

57 Zu allem *Wolfgang G. Müller*, Stil, in: HWPh (Fn. 55), Band 10, Basel 2007, Sp. 150–159; siehe auch *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 334 f.

58 *Heinrich Brinkmann/Ralf Konersmann*, Mode, in: HWPh (Fn. 55), Band 13, Basel 2007, Sp. 41–45.

59 *Immanuel Kant*, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht (1798), § 71 („Vom Modegeschmack"), zitiert nach der Ausgabe Stuttgart 1983.

60 *Immanuel Kant*, KrV B 35 Anm. (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 35 Anm.; „A" ist die erste Auflage), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

61 *Alexander Gottlieb Baumgarten*, Aesthetica (1750/58), § 1, zitiert nach Alexander Gottlieb Baumgarten. Theoretische Ästhetik. Die grundlegenden Abschnitte aus der „Aesthetica", Lateinisch – Deutsch, übersetzt und hrsg. von Hans Rudolf Schweizer, 2. Aufl., Hamburg 1988.

62 *Baumgarten*, Aesthetica (Fn. 61), § 14; und auch: deren Unvollkommenheit (*imperfectio*), d.h. Hässlichkeit (*deformatio*), zu vermeiden.

63 *Immanuel Kant*, Logik – ein Handbuch zu Vorlesungen, Königsberg 1800, S. 53–126; in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VI, Frankfurt a.M. 1977.

64 *Baumgarten*, Aesthetica (Fn. 61), § 423–444.

65 *Baumgarten*, Aesthetica (Fn. 61), § 445–477.

66 Ziemlich herumeiernd: *Baumgarten*, Aesthetica (Fn. 61), § 424, 427; dazu auch die Anm. 61 des Herausgebers S. 214.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaften hindurch [!], dass man ungefähr sagen kann, in jeder Wissenschaft [!] beginne die ästhetische Denkart dort, wo die logische aufhört".[67]

> Alles ein wenig konfus? So ist es nun einmal, wenn man etwas Neues entwirft: „*Confusio [est] conditio, sine qua non, inveniendi veritatis, ubi natura non facit saltum ex obscuritate in distintionem. Ex nocte per auroram meridies* …"[68] („Verwirrung ist die Voraussetzung, ohne die es bei der Entdeckung der Wahrheit nicht geht; denn die Natur macht keinen Sprung von der Undeutlichkeit[69] in die Bestimmtheit[70]. Aus der Nacht wird [erst] durch die Morgenröte der Tag […].")

bb) Ziemlich konfus, wenn nicht gar widersprüchlich, ist auch das, was sich bei Im- 34
manuel Kant zur Ästhetik findet. Grob gesagt kann man unterscheiden zwischen der Ästhetik in der „Kritik der reinen Vernunft" (KrV) von 1781 und der Ästhetik in der „Kritik der Urteilskraft" (KdU) von 1790.

> Zwischen diesen beiden „Kritiken" erschien 1788 die „Kritik der praktischen Vernunft"[71] – alle drei zusammen handeln nach Kants Plan die drei klassischen Gebiete der Philosophie ab: Logik (im Sinn von Erkenntnistheorie), Ethik (d.h. Moralphilosophie) und Ästhetik. Oder auch: die Lehren vom Wahren, vom Guten und vom Schönen. Dass der Plan nicht ohne Brüche aufgegangen ist – dazu gleich mehr – macht die Sache hinreichend charmant.
>
> „Kritik", um es zu wiederholen, ist dabei nicht als ein negatives Kritisieren zu verstehen, sondern schlicht als „Beurteilung" oder „Bewertung" (altgriechisch *krínein*) – so wie eine Film- oder Theaterkritik.

Die Transzendentale Ästhetik in der **KrV** (mit „Raum" und „Zeit" als den „reinen 35
Formen" der Wahrnehmung) haben wir schon erwähnt. Die Ästhetik im gewöhnlichen Sinn, also eine Theorie des Schönen (in Kunst und Natur) findet sich hingegen in der dritten Kritik, also der „Kritik der Urteilskraft" (**KdU**). Dort definiert Kant **Schönheit** als „das, was *ohne Begriff* allgemein gefällt"[72] (d.h. grob gesagt: ohne dass man es definieren könnte), an anderer Stelle als das, „was ohne Begriff als Gegenstand eines *notwendigen* Wohlgefallens erkannt wird"[73] (es ist also nicht völlig subjektiv). Dieses Wohlgefallen muss zudem „ohne alles Interesse"[74] sein – ethisch[75] interpretiert: Schön-

---

67 *Baumgarten*, Aesthetica (Fn. 61), § 569; in diesem Paragraphen werden übrigens erneut „die logikodogmatische und die ästhetikodogmatische Denkart" gegenübergestellt.

68 *Baumgarten*, Aesthetica (Fn. 61), §7.

69 Wörtlich: Dunkelheit.

70 Wörtlich: Unterscheidung! Luhmann hätte seine Freude daran (*draw a distinction*). Man denke auch an das *clare et distincte* („klar und deutlich") bei Descartes, siehe § 1 Rn. 6.

71 *Immanuel Kant*, KpV (Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

72 *Immanuel Kant*, KdU B 32 (Kritik der Urteilskraft, 2. Aufl., Berlin 1793, S. 32), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band X, Frankfurt a.M. 1977; – Hervorhebung von mir.

73 *Kant*, KdU B 68 – Hervorhebung im Original.

74 *Kant*, KdU B 5–7 (§ 2), B 16 (§ 5 am Ende).

75 Zur Objektformel als Definition (einer Verletzung) der Menschenwürde schon § 5 III Rn. 93 Fn. 183. Die Formel beruht wiederum auf der dritten Fassung des Kategorischen Imperativs: „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest" (*Kant*, GMS BA 66 f., im Original hervorgehoben).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heit ist ein Zweck an sich selbst, kein bloßes Objekt.[76] (Die Kurzformel „interesseloses Wohlgefallen“[77] findet sich bei Kant so übrigens nicht.) Das „Vermögen“ schließlich (= die Fähigkeit), Schönheit zu beurteilen, ist der schon erwähnte Geschmack. Kurz:

> „*Geschmack* ist das Beurteilungsvermögen eines Gegenstandes oder einer Vorstellungsart durch ein Wohlgefallen oder Missfallen, *ohne alles Interesse*. Der Gegenstand eines solchen Wohlgefallens heißt *schön*.“[78]

36 Die Pointe liegt dann freilich darin: Weil es vom Schönen keinen Begriff, keine Definition gibt, kann man darüber nicht – oder jedenfalls nicht allein – mit Vernunftgründen zu einer Einigung kommen (das ist wohl so ähnlich wie mit der Gerechtigkeit). Die Vernunft darf aber auch nicht völlig außen vor bleiben. Kurz: „*über den Geschmack lässt sich streiten* (obgleich nicht disputieren).“[79] Es bleibt also möglich, „auf die notwendige Einstimmung anderer mit diesem Urteile Anspruch (!) [zu] machen“,[80] obwohl es dafür „kein[en] Beweis“ gibt.[81] Was könnte aber dann der „Rechtsgrund“[82] (!) sein?

Eben dies ist Gegenstand des Ersten Teils der KdU, überschrieben mit: „Kritik der ästhetischen Urteilskraft.“

d) Ästhetik als Theorie von „Urteilskraft“ und „Genie“, von Subsumtion und Regelbildung

Vorwarnung: Dieser Abschnitt „holpert“ ein wenig. Für den großen Rahmen der Ästhetik („framing“, siehe unten § 35 Rn. 49) ist er aber unentbehrlich. Und Interdisziplinarität ist manchmal anstrengend.

37 Ich habe schon erwähnt, dass Kants Plan, eine völlig stringente Theorie aller unserer „Erkenntnisvermögen“ zu entwerfen (Sinnlichkeit, Verstand, Vernunft, Urteilskraft, jetzt auch noch Geschmack), nicht völlig aufgegangen ist. Dies liegt vermutlich daran, dass unsere Erkenntnisvermögen doch zu stark ineinander verzahnt sind und sich zu stark gegenseitig beeinflussen, als dass man dies in einer sprachlichen Darstellung restlos entfalten (explizieren[83]) könnte.

So kann man die Schönheit mit Hilfe der Ethik interpretieren („Zweck an sich selbst“, s.o.), aber auch das ethisch Gute und eine ihm entsprechende Anständigkeit

---

76 Auch wenn sie daneben ein Objekt der Begierde (Titel eines Films von Buñuel) sein mag (*sex sells*). In *Kants* etwas rätselhaften Worten (Hervorhebungen im Original): „*Schönheit* ist die Form der *Zweckmäßigkeit* eines Gegenstandes, sofern sie, *ohne Vorstellung eines Zwecks*, an ihm wahrgenommen wird“ (KdU B 61). Also *form follows function – but forget about function*? Letztlich wohl ein Paradox … (§ 30 I).

77 Bekannt ist die Polemik von *Theodor W. Adorno*, Ästhetische Theorie, Frankfurt a.M. 1973, S. 25: Er bescheinigt Kant einen „kastrierten Hedonismus“.

78 *Kant*, KdU B 16 (§ 5 am Ende); Hervorhebung im Original.

79 *Kant*, KdU B 233 (§ 56); Hervorhebung im Original.

80 *Kant*, KdU B 234 (§ 56); Kant aktiviert übrigens auch an dieser Stelle das bewährte Muster einer Entgegenstellung von „Thesis“ und „Antithesis“, hier in einer „Antinomie des Geschmacks“ (vgl. § 30 Rn. 34).

81 *Kant*, KdU B 235 f. (§ 57).

82 Vgl. Kant, KdU B 146 (§ 35); eine Antwort dann B 152 (Anm. zu § 38): „Rechtmäßigkeit des Anspruchs der Urteilskraft auf allgemeine Beistimmung.“

83 Auch deshalb bleibt ein starkes Bedürfnis nach *Expressivität* (Ausdruck), siehe dazu Rn. 98 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit Hilfe der Ästhetik (der christliche Gott hat an den guten Menschen „ein Wohlgefallen“[84]).

aa) Vor diesem Hintergrund darf zunächst erwähnt werden – für unseren Kontext allerdings weniger wichtig –: Die KdU handelt nicht nur vom Schönen (in Kunst und Natur), sondern auch vom Erhabenen (nur in der Natur; Kant denkt dabei an das wilde Meer und das Hochgebirge). Noch erstaunlicher ist freilich: Die KdU hat auch noch einen Zweiten Teil, in dem es nicht um die *ästhetische* Urteilskraft geht, sondern um eine *teleologische* Urteilskraft – sie beurteilt die Zweckmäßigkeit (!) in der **Natur**, enthält also Kants Theorie der Biologie. 38

Daher vielleicht doch nicht ganz unwichtig: Man kann die beiden Teile der KdU auf die Kurzformel bringen (man denke dabei an Menschen und andere Tiere): Was „von innen“, also aus ihrer Sicht, an ihnen „schön“ ist, das ist „von außen“, also aus Sicht der Evolutionstheorie,[85] „zweckmäßig“: Es dient der Fortpflanzung und damit der Anpassung der Spezies an die Welt. Brillen hielt man früher für hässlich.

Und so ist es vielleicht auch mit dem Recht: Wenn es von innen „schön“ ist – wir werden sagen: „gelungen“ –, dann dient es, von außen betrachtet, der Gesellschaft.

bb) Relevanter für unseren Kontext – was macht rechtliche Richtigkeit aus? – ist eine zweite Unterscheidung Kants: die Unterscheidung von „**Geschmack**“ und „**Genie**“. Zur Soziologie des Geschmacks hatten wir schon bemerkt (oben Rn. 29–30): Er wurde entdeckt (Gracián), als sich die festgefügte ständische Gesellschaft aufzulösen begann – wie benimmt[86] man sich da am besten? Nun, man ahmt in Kleidung und Gehabe die jeweils „besseren Leute“ nach, die sich dann erneut abgrenzen wollen: durch eine neue Mode. Genauso ist es mit den Regeln der Kunst (dazu schon Kant) und den Regeln des Rechts (dazu dieses Buch). Wie findet man dann aber nicht nur die richtige Regel, die es schon gibt („Geschmack“), sondern auch die richtige Regel, die es noch nicht gibt? Dies, sagt Kant, ist Sache des „Genies“. **Genie** ist „das Talent (Naturgabe[87]), welches der Kunst die Regel gibt“[88]. 39

„Genie“ ist, nebenbei, vor allem deshalb gefragt, weil sich die Leute sonst langweilen.[89]

---

84 So jedenfalls die deutsche Übersetzungstradition; Genaueres bei *Johanna Erzberger*, Artikel „Wohlgefallen“, in: Online-Lexikon der Deutschen Bibelgesellschaft (WiBiLex), 2019, https://www.bibelwissenschaft.de/ressourcen/wibilex/altes-testament/wohlgefallen.

85 Zum Stand der Evolutionstheorie zu Zeiten Kants siehe *Kant*, KdU B 376–378 (§ 81).

86 Sehr viel später als Gracián: *Adolph Freiherr von Knigge*, Über den Umgang mit Menschen (1788), 5. Aufl., Leipzig 1989 – allerdings eigentlich kein „Benimm-Buch“, sondern ein Ratgeber, wie man sich welchen Gesellschaftsmitgliedern gegenüber in welchen Situationen verhalten sollte. Zu den Juristen S. 273–277 (206): „man hüte sich, mit seinem Vermögen oder seiner Person in die Hände der Justiz zu fallen! Man weiche auf alle mögliche Weise jedem Prozesse aus und vergleiche sich lieber (…).“

87 Der Hinweis auf die *Natur* schlägt natürlich die Brücke zum zweiten Teil der KdU (Theorie der Biologie). Und Kant wird geradezu zum Hegel, wenn er im Anschluss an den hier zitierten Satz schreibt: „Da das Talent, als angebornes produktives Vermögen des Künstlers, selbst zur Natur gehört, so könnte man sich auch so ausdrücken: *Genie* ist die angeborene Gemütslage (ingenium), durch welche die *Natur* der Kunst die Regel gibt“ (Hervorhebungen verändert, J.L.).

88 *Kant*, KdU B 181 (§ 46).

89 *Kant*, KdU B 218 (§ 53): Jeder Genuss „verlangt … öftern Wechsel, und hält die mehrmalige Wiederholung nicht aus, ohne Überdruss zu erzeugen“ (dort zur „Tonkunst“, also Musik). Siehe auch

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Problematisch an dieser Theorie ist nun freilich: Wenn Genie eine Naturgabe ist, ein Talent, dann hat man es, oder man hat es nicht – lernen kann man es nicht. Gilt dies vielleicht auch für das sogenannte „Judiz", das man als Juristin oder Jurist „zu haben hat"[90]?

40 cc) Damit zur der dritten, für unseren Kontext – was ist juristische Gelungenheit? – vielleicht wichtigsten Unterscheidung: der Unterscheidung von „bestimmender" und „reflektierender" Urteilskraft.

Bereits hier: Sehr viel besser ist die Bezeichnung „subsumierende Urteilskraft" und „regelbildende Urteilskraft".

Mit dieser Unterscheidung kommt Kant in gewisser Weise auf die Kritik der reinen Vernunft (KrV) zurück (Verzahnung!) und rudert nun ein wenig zurück. In der KrV hatte er sich ja mit dem Problem geplagt, wie man erkennt, dass ein Fall unter eine Regel passt – kurz und gut, wie denn eine **Subsumtion** gelingen kann (dazu ausführlich schon § 9 Rn. 4, 6–9, 11–12). Und dort hatte er in der Tat ein besonderes „Talent" beschworen, „welches gar nicht belehrt, sondern nur geübt sein will".[91]

In der **KdU** stellt er nun im Licht der Ästhetik fest, dass man die Sache auch umdrehen kann: Wie findet man zu einem Fall die passende **Regel** (eigentlich also die Frage des Genies)? Die klassische Stelle lautet:

„Urteilskraft überhaupt ist das Vermögen, das Besondere als enthalten im Allgemeinen zu denken. Ist das Allgemeine (die Regel, das Prinzip, das Gesetz) gegeben, so ist die Urteilskraft, welche das besondere darunter subsumiert (…), *bestimmend*. Ist aber nur das Besondere gegeben, wozu sie das Allgemeine finden soll, so ist die Urteilskraft bloß [?] *reflektierend*."[92]

41 dd) Was beiden dann aber gemeinsam ist: Offenbar kann man – jedenfalls in der Kunst – dieses Enthaltensein des Besonderen im Allgemeinen gleichsam „sehen", jedenfalls *wahrnehmen* – und dies kann *jeder*: Das Geschmacksurteil „behauptet nur" – aber immerhin! –, „dass wir berechtigt (!) sind, **dieselben** subjektiven Bedingungen der Urteilskraft allgemein **bei jedem Menschen** vorauszusetzen, die wir **in uns** antreffen"[93]. Allerdings zieht Kant insoweit eine ethische Korrektur ein (Verzahnung!). Der Geschmack sei nur „*eine Art* von" *sensus communis* (Gemeinsinn), das heißt, ich interpretiere: nicht etwa das, was alle *gemeinsam subjektiv* empfinden (nicht der aktuelle Konsens,[94] nicht „Emotion pur" beim Rockkonzert). Ein *richtig* verstandener *sensus communis* sei vielmehr

---

B 72: „Alles Steif-Regelmäßige" – ich denke an einen allzu schematischen Gutachtenstil (§ 23 Fn. 40 und schon § 2 Rn. 25) – „hat das Geschmackswidrige an sich: daß es … lange Weile macht."

90 So der ironische Einstieg von *Rolf Gröschner*, Judiz – was ist das und wie lässt es sich erlernen?, in: Juristenzeitung (JZ) 1987, 903–908.

91 *Kant*, KrV B 172.

92 *Kant*, KdU B XXV f. (Einleitung).

93 *Kant*, KdU B 152 (Anmerkung zu § 38). – Die sogenannte Identitätspolitik würde dies natürlich bestreiten.

94 *Consensus* ist, wörtlich übersetzt, der Zusammen-Sinn, das gemeinsame *Gefühl*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „die Idee eines *gemeinschaftlichen* Sinnes, d.i. eines Beurteilungsvermögens (…), welches in seiner Reflexion auf die Vorstellungsart jedes anderen in Gedanken (a priori) Rücksicht nimmt, um *gleichsam* an die **gesamte Menschenvernunft** sein Urteil zu halten."[95]

„Dieses geschieht nun dadurch", dass man sein Urteil mit anderen Urteilen, auch bloß möglichen (!), abgleicht „und sich an die Stelle jedes anderen versetzt" – wenn man denn „ein Urteil sucht, welches zur allgemeinen Regel dienen soll".[96] Kurz, man müsse die folgenden „Maximen des gemeinen Menschenverstandes" beachten, die „zwar nicht hierher [gehören]", aber doch auch in der Ästhetik grundlegend sind. 42

> „Es sind folgende: 1. Selbstdenken; 2. An der Stelle jedes andern denken; 3. Jederzeit mit sich selbst einstimmig denken."[97]

ee) Mit dieser ethischen Rückversicherung kann man also auch in der Ästhetik sinnvoll streiten.[98] 43

e) Ästhetik als Theorie von Kunst und Design (und das Bundesverfassungsgericht)

Nur kurz sei erwähnt, dass sich „die" Ästhetik seit Beginn des 19. Jahrhunderts – so etwa schon bei Hegel (1770–1831) – auf denjenigen „Bereich" zurückgezogen hat, mit dem man sie auch heute ganz unbefangen zuvörderst in Verbindung bringt: den Bereich der Kunst und – seit dem 20. Jahrhundert – des Designs. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass sich die Kunst seit dieser Zeit, zu einem weiteren und eigenen Funktionssystem[99] der Gesellschaft ausdifferenziert – mit öffentlichen Theatern, Museen und einer künstlerischen Bohème (= Künstlerszene, oft in prekären Verhältnissen lebend). 44

> Klassisch die Oper „La Bohème" (1896) von Giacomo Puccini (1958–1924), sie spielt im Paris des Jahres 1830. Die weibliche Hauptperson Mimi („Man nennt mich jetzt nur Mimi, doch ich heiße Sofia") stirbt an Tuberkulose, und ihr Freund Rodolfo, ein Dichter, kann ihr wegen seiner Armut nicht helfen.

Diese Theorie der Kunst muss uns für unsere Zwecke weniger interessieren. Ein für Juristen hübsches Detail ist aber zweifellos: In der traditionellen Kunsttheorie zeichnete sich ein Kunstwerk ehedem durch seine *Geschlossenheit* aus. Es erhielt genau dadurch, dass es eine Vielfalt von Einzelheiten (Noten, Farben, Wörter) zu einem Ganzen zusammenschloss („Einheit in der Vielfalt"), seine ästhetische Qualität – ästhetische Qualität im doppelten Sinn von „ob" es überhaupt ein Kunstwerk ist und von „wie gut" es als Kunstwerk ist. 45

Radikal anders hat demgegenüber Umberto Eco (1932–2016) das Wesen eines Kunstwerks ganz im Gegenteil in seiner *Offenheit* gesehen, gemeint: in der Offenheit für im- 46

---

95 *Kant*, KdU B 156 f. (§ 40); und dadurch, so geht es weiter, einer Illusion zu entgehen, die unsere „subjektiven Privatbedingungen" allzu leicht für objektiv hält und dadurch das Urteil trübt. – Kursive Hervorhebungen im Original, Fettdruck J.L.

96 *Kant*, KdU B 157 f. (§ 40). Es lohnt sich, die gesamte Passage zu lesen.

97 *Kant*, KdU B 158 (§ 40).

98 Siehe oben bei Fn. 79.

99 Siehe *Niklas Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mer neue Interpretationen – das bahnbrechende Buch heißt „Opera aperta" (1962).[100] (Natürlich steht dahinter die Erfahrung moderner Kunst.) Das Bundesverfassungsgericht hat diese Kunsttheorie, ohne es offenzulegen,[101] in seiner mehrdimensionalen Umschreibung von „Kunst" im Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG übernommen.

> Die klassische Entscheidung erging zum „Anachronistischen Zug" – das war ein Straßentheater, in dem der bayerische Ministerpräsident Franz-Josef Strauß, damals Kandidat von CDU und CSU für das Amt des Bundeskanzlers, äußerst kritisch dargestellt wurde. Nach Ansicht des BVerfG blieb aber genug Interpretationsspielraum, um darin nicht ausschließlich eine strafbare Diffamierung[102] zu sehen.[103]

47 Ohnehin ist es nach allem eine im höchsten Grad **sachangemessene** Bestimmung des Begriffs „Kunst", wenn das BVerfG formuliert, dass sich Kunst gerade nicht definieren lasse – wie wir gesehen haben, zeichnet dies ganz allgemein die Begriffe der Ästhetik („schön", „erhaben") aus.

> Im Einzelnen stellt das BVerfG zunächst fest, dass schon in der Lebenswelt kein Konsens über den Kunstbegriff besteht, mehr noch: Ein „weitverbreitetes Mißtrauen von Künstlern und Kunsttheoretikern gegen starre Formen und strenge Konventionen sind Eigenheiten des Lebensbereichs Kunst, welche zu respektieren sind [!] und bereits darauf hindeuten, daß nur ein weiter Kunstbegriff zu angemessenen Lösungen führen kann." Allerdings müsse man trotzdem im konkreten Fall entscheiden, ob ein bestimmtes Verhalten nun Kunst „ist" – und folglich durch Art. 5 Abs. 3 GG besonders geschützt[104] – oder nicht. Und da erweist sich der Fluch des Nicht-festgelegt-werden-wollens als Segen für einen wirklich ästhetischen Kunstbegriff: Kunst hat viele Facetten, von der (a) „freien schöpferischen Gestaltung" über (b) die Anforderungen[105] an einen „Werktyp" der Malerei, Bildhauerei, Dichtkunst bis hin zur schon erwähnten (c) „praktisch unerschöpfliche[n], vielstufige[n] Informationsvermittlung" – weitere Facetten nicht ausgeschlossen. Und was dann für die „Subsumtion" den Ausschlag gibt, dass „zeigt sich" (ästhetisch!) am Fall.[106]

48 Wie auch immer: Wenn man Ästhetik als Kunsttheorie versteht, handelt sie heute ganz offenbar nicht mehr vom Schönen (und Hässlichen). Wovon aber dann? Ich bin versucht zu sagen: Sie handelt vom – wirklich oder vermeintlich – Authentischen

---

100 Deutsch: *Umberto Eco*, Das offene Kunstwerk, Frankfurt a.M. 1973, Taschenbuchausgabe 1977. – Eco knüpft übrigens unter anderem an John Dewey (1859–1952) an, einen der drei berühmten Vertreter der Philosophie des Amerikanischen Pragmatismus. Und Eco war ein großer Peirce-Fan, siehe *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 216–218.

101 Man kann es schließen aus dem Aufsatz von *Günter Zöbeley*, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985, 254–258 (255), wo Eco in Fn. 23 zitiert wird. Zöbeley war damals wissenschaftlicher Mitarbeiter beim BVerfG.

102 § 185 Strafgesetzbuch (StGB): „Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) oder mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft." Beleidigung wird üblicherweise definiert als die Kundgabe von Missachtung oder Nicht-Achtung. – Erstaunlicherweise wird § 185 StGB im Beschluss des BVerfG gar nicht explizit genannt.

103 BVerfGE 67, 213 (227, 229 f.) – Anachronistischer Zug (1984).

104 Wortlaut der Vorschrift: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei."

105 Man denke an den Spruch „Kunst kommt von Können."

106 Zum gesamten Absatz BVerfGE 67, 213 (224–228) – Anachronistischer Zug (1984).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(neuerdings ein Modewort); sie handelt von dem Bereich, in dem sich „der Mensch" noch echt und als solcher „ausdrückt"[107] (wir werden sehen, dass „Expressivität" genau das ist, was Ästhetik ausmacht[108]). Dass diese Echtheit häufig sehr gekünstelt ist – ich nenne keine Beispiele –, ändert daran nichts.

Stattdessen einige positive Beispiele: Frida Kahlo, Vincent van Gogh; Amy Winehouse, Mary J. Blige, Charlie Parker und Dizzy Gillespie[109]; Marlen Haushofer, Sten Nadolny, Clemens Johann Setz. Für Schauspieler ist Authentizität natürlich eine besondere Herausforderung: Wie schaffe ich es, in verschiedenen Rollen immer zugleich ich selbst und diese andere Person[110] zu sein? Das war – und nicht nur für Schauspieler – ein Thema schon für Baltasar Gracián[111] (s.o. Rn. 29).

Die Beobachtung, dass mit dem Begriff „Authentizität" eine ästhetische Kategorie aus dem speziellen Bereich der Kunst auf die Gesamtgesellschaft übertragen wird (Luhmann würde sagen: auf die „Gesellschaft der Gesellschaft"), leitet über zur weiteren Beobachtung: Die Ästhetik insgesamt – als Lehre von Wahrnehmung und Harmonie (altgriechisch *harmóttein*: sich fügen) – kann aus dem speziellen Bereich von Kunst und Design auf andere Bereiche übertragen werden kann, zum Beispiel auf den Bereich – Luhmann würde sagen: auf das Funktionssystem – der „Wissenschaft". 49

Damit zum zweiten Schritt.

2. Ästhetik und Wahrheit

Wir haben vorhin gesagt: Die drei normativen Wissenschaften Logik, Ethik und Ästhetik sind – ähnlich wie die drei politischen Gewalten Judikative, Exekutive und Legislative – zwar voneinander zu unterscheiden, aber doch vielfach miteinander verschränkt. Demgemäß ist nicht verwunderlich, dass man auch die Logik oder allgemeiner: die Erkenntnistheorie ästhetisch betrachten – oder wenn man will: hinterfragen kann. Dann hat auch die Logik, sozusagen, ihre Ästhetik. 50

Bereits hier: Man kann (wie bei der Ethik) eine Ästhetik im engeren und im weiteren Sinn unterscheiden. Zum einen ist Ästhetik die Wissenschaft von allem Ästhetischen, zum anderen haben alle Lebensbereiche ihre je eigene Ästhetik – bis hin zu einer „Warenästhetik"[112] oder gar Ästhetik des Widerstands"[113]. (Und sie haben auch ihre je eigene Logik [= Folgerichtigkeit], man spricht geradezu von „Sachlogik" oder auch „Funktionslogik").

---

107 Wir erinnern uns vermutlich alle recht schmerzhaft an das rote „A" für die „Ausdrucksfehler" im Deutschaufsatz.

108 Siehe unten Rn. 98 f.

109 Diese beiden, weil man „als Mensch" in derselben Musik – hier Bebop – unterschiedlicher kaum sein kann.

110 Das lateinische Wort *persona* bedeutet ursprünglich „Maske", im übertragenen Sinn dann die „Rolle" in einem Theaterstück.

111 *Gracián*, Handorakel (Fn. 52), Nr. 1: „*Alles ist schon voll entfaltet, und das Person-Sein im höchsten Grad.* Mehr wird heute von einem Einzigen als früher von sieben Weisen erwartet; und mehr braucht man in diesen Zeiten, um mit einem Menschen zurechtzukommen, als früher mit einem ganzen Volk."

112 *Wolfgang Fritz Haug*, Kritik der Warenästhetik, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1971.

113 *Peter Weiß*, Die Ästhetik des Widerstands. Roman, 3 Bände, Berlin 1983.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Die Ästhetik des Syllogismus

51 Angeklungen ist dies vorhin schon bei Kant: Das Besondere im Allgemeinen zu „denken" und umgekehrt im Besonderen das Allgemeingültige zu erkennen, dies bedarf – Kant kann es sich nicht anders erklären – eines besonderen Vermögens, einer „Urteilskraft". Kann man das vielleicht auch etwas nachvollziehbarer beschreiben?

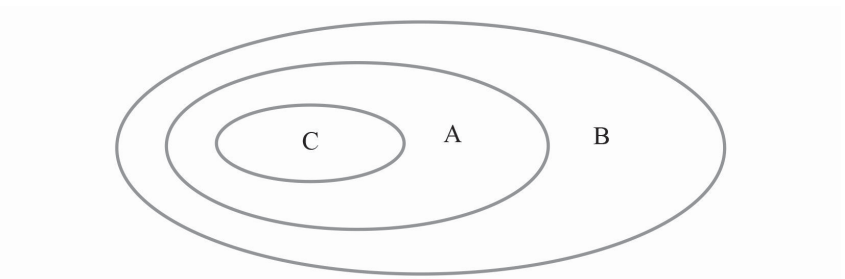
Man kann es, indem man sich das, was Allgemeines und Besonderes zusammenbringt – nämlich den logischen Syllogismus – im wahrsten Sinn des Wortes „vor Augen führt". Dann *sieht* man in einem deduktiven Syllogismus (zum Begriff § 6 I):

Alle Menschen sind sterblich.
Sokrates ist ein Mensch.
Sokrates ist sterblich.

Formaler ausgedrückt:

Alle A sind B.
C ist ein A.
Auch C ist B.

Oder gar graphisch:



52 Was ist daran eigentlich so überzeugend?

Es gibt ein ziemlich zorniges Buch des Physikers und Wissenschaftstheoretikers Paul Feyerabend (1924–1994), es trägt den programmatischen Titel „Wissenschaft als Kunst". Seine Auseinandersetzung mit Gegenpositionen (einschließlich Poppers Kritischem Rationalismus) muss uns hier nicht weiter interessieren („Tausende von akademischen Rotznasen"[114]). Sondern nur:

Feyerabend weist sehr schön darauf hin, dass die formale Logik, wie wir sie kennen, nicht immer schon da war.[115] Vielmehr hat auch sie *erfunden* (oder entdeckt?) werden müssen, und zwar in der antiken Rhetorik (dazu oben § 2). Die antike Rhetorik hat entdeckt, dass sich mit Hilfe der Logik neuartige *stories* erzählen lassen: *stories*, in

114 *Paul Feyerabend*, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984, S. 12.
115 Oder vielleicht doch? Sie war uns nur nicht bewusst?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

denen der Ablauf irgendwie „von innen her geregelt" ist, so dass das Ergebnis zwingend erscheint.[116] Kann man vielleicht auch dies noch genauer beschreiben?

Man kann es, wenn man genau hinschaut. Dann *zeigt* sich: 53

> In einem logischen Syllogismus werden *drei* Begriffe (A, B und C) jeweils *zweimal* genannt und derart zusammengestellt, dass der Eindruck entsteht: Damit ist *alles* gesagt – alles für diesen Fall Wichtige.[117]

Das ist der Zauber der Logik.

> Etwas abgehobener, aber ebenfalls ästhetisch, endet der „Tractatus logico-philosophicus" von Ludwig Wittgenstein: „Es gibt allerdings Unaussprechliches. Dies *zeigt* sich, es ist das Mystische." Und ganz am Ende: „Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen."[118]

Ich will es wie folgt abwandeln: 54

> Was man nicht sagen kann, das muss sich zeigen.

Und ein Syllogismus *zeigt* nun einmal mehr,[119] als er sagt: nämlich einen Begründungszusammenhang (§ 5 Rn. 91) – mag er real sein oder auch fiktiv.

b) Ästhetik und die Wissenschaften (Paradigmen, Narrative)

Damit zur Ästhetik der Wissenschaften! 55

aa) Es dürfte heute fast Allgemeingut sein, dass auch die Wissenschaften ihre Ästhetik haben – ihre besondere Weise, die Welt wahrzunehmen. Klassisches Beispiel sind die modernen Naturwissenschaften mit ihrer Methode des Experiments – eines Experiments, das alle unwichtigen Begleitbedingungen aus dem Design ausblendet. Schon für Aristoteles war es klar, dass eine Feder langsamer zur Erde fällt als ein Stein. Erst als man den Luftwiderstand beseitigte, konnte sich zeigen: Im Vakuum fallen alle Körper gleich schnell – die Gravitationskraft ist dieselbe, wenn man sie in einem entsprechenden Setting frei von Störung arbeiten lässt. Kann man sich eine „unnatürlichere", künstlichere Wahrnehmung der Welt und ebenso ein „unnatürlicheres" Ergebnis vorstellen?[120]

> Man könnte geradezu eine Verschwörungstheorie daran anknüpfen: Vielleicht sind die Naturwissenschaften ein gewaltiger *fake*, der die wahre Wahrheit verschleiert? In Wahrheit ist alles vielmehr Gottes Wille? Nach wie vor?

bb) Die wohl radikalste (gar nicht so sehr Kritik, sondern) Beschreibung der Theorieabhängigkeit schon unserer Beobachtungen (Ästhetik), also nicht erst unserer Schlussfolgerungen (Logik), stammt von dem amerikanischen Physiker und Wissenschaftshis- 56

116 *Feyerabend*, Kunst (Fn. 114), S. 62–64, allerdings nicht mit direktem Bezug auf die Rhetorik, sondern auf die „Beweise", die im alten Griechenland durch die „Einführung abstrakter Begriffe" (S. 50) möglich wurden.

117 Siehe schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 384.

118 *Ludwig Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung (1921), Frankfurt a.M. 1963, Nr. 6.522 und Nr. 7.

119 Deshalb fungieren in einer fortschrittlichen Semiotik ja nicht nur *Wörter* als Zeichen, sondern auch *Sätze* (§ 5 II Rn. 25) und *Syllogismen* (§ 5 III Rn. 91).

120 Formulierung nach meiner Erinnerung in Anlehnung an Feyerabend.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

toriker **Thomas S. Kuhn**. In seinem Buch „The Structure of Scientific Revolutions" von 1962 hat er hierfür den berühmten Begriff „Paradigmenwechsel" geprägt.[121] Dabei versteht er unter einem „Paradigma" (altgriechisch eigentlich: „Beispiel") ein Gesamtbild „der Welt", die man beobachtet.

Dies kann, wie wir gesehen haben (§ 20 I), durchaus auch die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG sein.

Kuhns Beispiel ist das einerseits ptolemäische Weltbild mit der Erde im Mittelpunkt, das andererseits kopernikanische Weltbild mit der Sonne im Mittelpunkt. Diese beiden Weltbilder beziehen sich auf dieselben Sachverhalte, sie funktionieren im Hinblick darauf auch beide (das alte sogar für noch viele Jahre viel besser), sind daher auch nicht „falsch" im Sinne von fehlerhaft. Wohl aber sind sie inkommensurabel, man muss sich also zwischen ihnen entscheiden – und letztlich entscheidet dann das, was auf die Welt, in der man lebt (neuerdings kann man die Welt umsegeln!) besser „passt". Mit mehr oder weniger „Wahrheit" hat das allerdings nichts zu tun.

57 Diese Thesen sind selbstverständlich umstritten. Festhalten lässt sich: Auch die **Naturwissenschaften** haben ihren letzten Halt – also das, was ihre Themen, Probleme, Beobachtungen und Lösungen bestimmt – in ästhetischen „Hintergrundvorstellungen", in Vorstellungen „vom Ganzen". (Ob diese Vorstellungen wahr sind oder *fake*, ist eine zweite Frage.)

Nebenbei: Kopernikus' Werk trug den Titel „*De revolutionibus orbium coelestium*" – Über die Umwälzungen der Himmelskreise (1543). Der politische Begriff „Revolution" hat dort seine Wurzel. (Der Begriff „Revolver" übrigens auch.) – Dass Kant gemeint hat, in seiner „Kritik der reinen Vernunft" eine „Revolution der Denkart" zu veranstalten, und sich dabei auf Kopernikus beruft,[122] sei ebenfalls erwähnt.

58 cc) Dass sich auch in den **Geisteswissenschaften** eine Rückbindung an ästhetische Kategorien findet, überrascht weniger. In der Linguistik haben z.B. Benjamin Lee Whorf (1897–1941) und Edward Sapir (1884–1939) die jeweilige Sprache eines Volkes als nicht hintergehbare Hintergrundvorstellung von dessen Weltsicht gesehen – so dass die Weltsicht verschiedener Völker zumindest teilweise ebenso inkompatibel sein kann wie die Weltbilder von Ptolemäus und Kopernikus.[123]

Diese These hat neuerdings eine gewisse Aktualität erhalten. Erstens haben Sapir und Whorf ihre These auf Studien zu den indigenen Sprachen Amerikas gestützt, insbesondere zum Hopi; deshalb passt die These gut zu einer „Identitätspolitik", die ein wirkliches Verstehen nur bei der Zugehörigkeit beider Seiten („Sender" und „Empfänger") zu bestimmten Identitäten (schwul, *person of colour* etc.) für möglich hält.[124] Zweitens wird die These gewissermaßen instrumentalisiert (dies ist ganz wertfrei im Sinn von „anwenden" – *to apply* – gemeint), wenn mit Hilfe eines Sprachwandels ein Wandel der Gesellschaft ins Werk gesetzt werden soll – also etwa über eine geschlechtergerechte Sprache eine gerechtere Welt.

---

121 *Thomas S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions (1962, 2. Aufl. 1970), deutsch: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 10. Aufl., Frankfurt a.M. 1989.

122 *Kant*, KrV B XII-XVII.

123 *Benjamin Lee Whorf*, Sprache – Denken – Wirklichkeit. Beiträge zur Metalinguistik und Sprachphilosophie, Reinbek bei Hamburg 1984.

124 Dazu schon § 5 II Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd) Die zur Zeit wohl populärste These zur bloß ästhetischen Qualität wissenschaftlicher Erkenntnis, und dabei vor allem politischer Theorie, lässt sich mit dem Stichwort „Narrativ" bezeichnen (von lateinisch *narrare* = erzählen). Demgemäß sind insbesondere die Errungenschaften der Aufklärung, also etwa Freiheit und Demokratie, nichts als große „Erzählungen" (französisch *grands récits*, in der englischen Übersetzung *grand narratives*); sie beruhen nicht etwa auf einem besseren Wissen. 59

Urheber des Gedankens ist der französische Philosoph Jean-Francois Lyotard (1924–1998) in seinem Werk „La condition postmoderne" (1979).[125]

c) Das Konzept der besten Begründung/Erklärung (Lipton, Boyd)

Der kurze Seitenblick unserer Jurisprudenz auf die anderen Wissenschaften dürfte gezeigt haben: Es gibt auch dort keine absolute Wahrheit. Vielmehr sind auch dort Erkenntnisse, die den Anspruch auf Wahrheit erheben, eingebunden in ästhetische Hintergrundvorstellungen, die ihrerseits nicht weiter hinterfragt werden können. Ob diese Relativität der Weltsicht allerdings zu einem Relativismus führen muss, gemäß dem es reine Willkür ist, welchem Paradigma, welcher Erzählung man folgt, das ist eine ernste Frage. 60

Die beste Illustration liefert derzeit der amerikanische Ex-Präsident[126] Donald Trump. Er leugnet nach wie vor, dass er die Wahl des Jahres 2020 verloren hat – und ein großer Teil der amerikanischen Bevölkerung *glaubt* dies nach wie vor.

Ganz ebenso haben die Wissenschaften eine ganze Weile daran geglaubt, dass Rassenkunde ein ernst zu nehmendes akademisches Fach sei – mit entsprechenden Lehrstühlen und Forschungsprogrammen.[127]

Umso beruhigender ist, dass mittlerweile gerade in der naturwissenschaftlich informierten Philosophie ein Modell der Rechtfertigung von Erkenntnis auf den Plan getreten ist, das mit dem der Rechtswissenschaft überaus kompatibel ist: das Konzept der besten Begründung bzw. Erklärung.[128] Es gibt keine absolute Wahrheit, wohl aber eine „harte" Realität, die wir uns nicht beliebig zurechtdenken können. Vielmehr kann man mit Gründen und erforderlichenfalls weiteren Gründen per Schlussfolgerung[129] (*inference*) eine Entscheidung (vgl. § 30 Rn. 3–7) darüber herbeiführen, welche Theorie, welche Begründung, welches Paradigma die beste Erklärung für ein Phänomen 61

125 Englisch: *Jean-Francois Lyotard*, The Postmodern Condition, 1984; deutsch: *Jean-Francois Lyotard*, Das postmoderne Wissen, 3. Aufl., Wien 1993.

126 Aktualisierung: Mittlerweile wurde er – im November 2024 – wiedergewählt.

127 Siehe zum Beispiel *Egon Freiherr von Eickstedt*, Rassenkunde und Rassengeschichte der Menschheit, Stuttgart 1934 (936 Seiten); dort heißt es allerdings auch, dass „der Untergang der Naturvölker immer ein Schandfleck Europas und der weißen Rasse bleiben" wird (S. 895). Ein echter Nazi war offenbar *Herman Lundborg*, Rassenkunde des schwedischen Volkes, Jena 1928. Aufarbeitung: *Heidrun Kaupen-Haas/Cristian Saller* (Hrsg.), Wissenschaftlicher Rassismus. Analysen einer Kontinuität in den Human- und Naturwissenschaften, Frankfurt am Main 1999.

128 Schöner Einstieg: *Christian Suhm*, ‚Harte' Realität vs. soziale Konstruktion – Zur paradoxen Instrumentalisierung und Politisierung von Wahrheit und Erkenntnis, Vortrag vom 16.12.2021, https://www.wiko-greifswald.de/mediathek/beitrag/n/harte-realitaet-vs-soziale-konstruktion-zur-paradoxen-instrumentalisierung-und-politisierung-von-wahrheit-und-erkenntnis-2/ <30.03.2024>.

129 Also Logik, Logik, Logik!

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liefert. Mehr haben wir in der Rechtswissenschaft auch nicht – aber auch nicht weniger (genauer §§ 33 und 34).

Hauptvertreter sind der Physiker und Philosoph *Peter Lipton* (1954–2007)[130] und der – auch von Marx geprägte (!) – Wissenschaftstheoretiker *Richard Newell Boyd* (1942–2021)[131]. – Lipton greift übrigens u.a. auf Peirce' Theorie der Abduktion (§ 6 III) zurück.

Die Schlussfolgerung (*inference*) lässt sich wie folgt darstellen[132]:

Prämisse 1: Es besteht ein zu erklärendes Phänomen P (das Explanandum).
Prämisse 2: Das Explanans E erklärt das Phänomen P am besten.
Konklusion: Das Explanans E ist wahr/existiert.

Und falls man dazu dann aus Sicht der Geisteswissenschaften sagt: Das Explanans „E" ist nur die „bessere Geschichte" – *what's wrong about it?*

Zur „besseren Geschichte" im Gerichtsprozess siehe schon § 30 Rn. 1 („Amistad").

3. Die Leistung von Ästhetik: Intersubjektivität im Nicht-Sagbaren

62 Was aber macht dann eine Geschichte zur besseren Geschichte, ein Kunstwerk zum besseren Kunstwerk und sogar eine wissenschaftliche Begründung zur besseren Begründung? Vorläufige Antwort: vor allem auch das, was *nicht* gesagt, was *nicht* explizit gemacht wird. Es wird nämlich deshalb nicht explizit gemacht, weil alle, die es angeht, dieses Wissen implizit teilen. Und sie teilen es deshalb, weil sie die Erfahrung mit derselben „Welt" teilen, weil sie in demselben Sinnzusammenhang (§ 5 Rn. 40–59) zuhause sind wie der „Sender"[133] der Botschaft.

Brian Valerius hat dies in seiner „Einführung in den Gutachtenstil" ganz wunderbar am Beispiel eines Fußballspiels erläutert: Wer in die Regeln eingeweiht ist, mit dem kann man über ein Abseitstor ganz anders reden als mit jemandem, der sie nicht kennt.[134]

63 Aus dieser Beobachtung kann man, wie ich glaube, für das, *was* Ästhetik leistet, aber auch *wie* sie es leistet, zwei Folgerungen ziehen.

Erstens: Die Leistung von Ästhetik besteht in der Herstellung von Intersubjektivität im Nicht-Sagbaren (*je ne sais quoi*).[135]

Mit ein wenig Vorsicht könnte man auch sagen: in der Herstellung eines „Kon-Sensus", also eines „mit" (lateinisch *cum*) einander geteilten „Sinnes" (*sensus*). Dabei hat „Sinn" praktischerweise sowohl eine subjektive Komponente („er oder sie hat einen

130 *Peter Lipton*, Inference to the best Explanation, London 1991.

131 *Richard N. Boyd*, Scientific Realism, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 27.04.2011, *substantive revision* 12.06.2017, vor allem unter 3.2.

132 *Suhm* (Fn. 128), ab Minute 49:00. – Natürlich ist diese *eine* Schlussfolgerung in Wahrheit eine stark komprimierte Zusammenfassung *mehrerer* Schlussfolgerungen. Insbesondere wird die Prämisse „Das, was ein Phänomen am besten erklärt, ist (wahrscheinlich) wahr" nicht explizit genannt.

133 Das „Sender-Empfänger-Modell" ist allerdings eine arge Vereinfachung menschlicher Kommunikation.

134 *Brian Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl., Berlin etc. 2017, S. 22.

135 Dazu schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 332–338.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sinn für Humor") als auch eine objektive Komponente („das ergibt objektiv keinen Sinn").

Zweitens: Die Intersubjektivität wird nicht im jeweiligen Inneren der beteiligten Subjekte hergestellt und auch nicht, von ihnen losgelöst, „da draußen" (*the truth is out there*). Sondern sie muss wohl auf einem gemeinsamen *intersubjektiven* Sinn beruhen, der letztlich auf einer gemeinsamen *Praxis* beruht (dazu schon § 5 Rn. 14–21). 64

Vor diesem Hintergrund wollen wir nun das Was und das Wie der Ästhetik genauer beleuchten.

a) „Die" Ästhetik als Gesamtheit und ihre „Bereichsästhetiken"

Zunächst ist rein terminologisch klarzustellen, dass man den Begriff Ästhetik in zweierlei Hinsicht verwendet (siehe schon oben Rn. 50). Zum einen versteht man unter „der" Ästhetik, als Gesamtheit, die Lehre(n) von der Wahrnehmung, vom Schönen, vom Gelungenen. Zum anderen sagt man aber auch, dass dieser oder jener „Bereich"[136] seine je eigene Ästhetik hat – der Sport, die Kunst, Automobile, Kleidung, Designobjekte aller Art. Nimmt man beides zusammen, ergibt sich wiederum eine Art Vermittlung von Innen und Außen (wie bei Subjekt und Objekt): Das Material (der Inhalt) erhält eine Form (als das Äußere), die ästhetisch überzeugt – oder auch nicht. Und entscheidend ist wieder die Praxis („*form follows function*"). 65

Eine gewisse Parallele zeigt (!) sich bei den Erläuterungen des Thomas von Aquin (1225–1274) zum Begriff des Gesetzes (lateinisch *lex*): Ein Gesetz sei eine Regel oder ein Maßstab (*regula vel mensura*), der einerseits „in" demjenigen ist, der den Maßstab [von außen] anlegt, andererseits aber auch „in" demjenigen, der sich [von innen] an diesen Maßstab hält und sich ihm gemäß verhält.[137] Die Sterne „folgen" den Gesetzen, die wir (oder Gott? die Natur?) ihnen „vorschreiben". 66

Und um es zu wiederholen: Auch bei der Logik und bei der Ethik haben wir diese Unterscheidung von Logik und Ethik (a) als Gesamtheit und (b) als „Bereichsethiken" und „Bereichslogiken" angetroffen.

---

136 Genauer zum Begriff *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 130–133, 325 f. mit Hinweis auf *Stephen Toulmin*, The Uses of Argument (1958), deutsch: Der Gebrauch von Argumenten, Kronberg a.Ts. 1975.

137 *Thomas von Aquin*, Summa Theologica I-II qu. 90, 1 ad 1 (90. Frage, 1. Artikel [„Ist das Gesetz Sache der Vernunft?"], zu Einwand Nr. 1), zitiert nach der Deutschen Thomas-Ausgabe, hrsg. von der Philosophisch-theologischen Hochschule Walberberg bei Köln, 13. Band, Heidelberg etc. 1977: „Da das Gesetz eine Art Regel und Richtmaß ist, kann man auf zweifache Weise sagen, es sei in jemandem: einmal wie in dem, der mißt und regelt; und weil dies die eigentümliche Aufgabe der Vernunft ist, ist das Gesetz auf diese Weise in der Vernunft allein. – Das andere Mal wie in dem, was geregelt und gemessen wird. So ist das Gesetz in allen, die aufgrund eines Gesetzes Neigung zu etwas bekommen. Demzufolge kann jede Neigung, die aus einem Gesetz hervorgeht, Gesetz heißen, nicht zwar dem Wesen, aber gleichsam der Teilhabe nach. Und in dieser Weise [also von außen betrachtet, J.L.] kann die Geneigtheit der Glieder zur Begierde ‚Gesetz der Glieder' genannt werden."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Ästhetik als Management von Reflexionsbegriffen („Polaritäten")

67 Spezifisch für die Ästhetik scheint nun zu sein, dass sie es – *quer durch alle „Bereiche" hindurch*[138] – mit dem zu tun hat, was Kant „Reflexionsbegriffe" nennt, also Begriffe, die nur gemeinsam einen Sinn ergeben: Innen und Außen, Subjekt und Objekt, Form und Materie und so weiter.[139] Luhmann würde in ihnen vielleicht ein Paradoxie-Management sehen (Stichwort „Ironie und Pathos", siehe § 30 II). Ich will im Folgenden von „Polaritäten" sprechen und sie ohne Anspruch auf Vollständigkeit und in Anlehnung an Luhmann[140] durchmustern als Ausprägung von drei „Dimensionen" der Ästhetik: der Sachdimension (aa), der Sozialdimension (bb) und – für die Juristische Methode am spannendsten – der Zeitdimension (cc).

aa) Teil und Ganzes, Form und Materie, Selbst- und Fremdreferenz

68 Die wohl gängigste Polarität der Ästhetik ist das Verhältnis von „Teil und Ganzem". Das „Ganze" muss einen Sinn ergeben, der über die Summe der einzelnen Bestandteile hinausgeht. (Wer einmal einen Motor auseinandergenommen und wieder zusammengesetzt hat, weiß, was das heißt.) Ein Lehrsatz der Ästhetik wäre dann etwa, ein Kunstwerk sei vollkommen, wenn man nichts hinzufügen und nichts entfernen oder ändern kann, ohne dass es schlechter wird.[141]

69 Bereits erwähnt wurde die zweite Polarität: „Form und Material". In der leicht heroischen Genieverehrung des späten 18. und 19. Jahrhunderts (Goethe! Beethoven!) bewunderte man daher den „Meister", der dem widerständigen Material – zum Beispiel der Sprache – die Form abringt oder gar aufzwingt.[142]

70 Eine dritte Polarität findet sich schließlich, dies nochmals in Anlehnung an Luhmann, in der Unterscheidung von Selbstreferenz (= auf sich selbst bezogen) und Fremdreferenz (= auf etwas „da draußen" bezogen).[143] Vielleicht liegt darin sogar die „*Ästhetik von allem und überhaupt*"[144]. Zum Beispiel in der Kunst: Jedes Bild „sagt" immer beides zugleich: Ich stelle eine Landschaft dar (Fremdreferenz), ich stelle aber auch ein Kunstwerk dar (Selbstreferenz).

> In der modernen Kunst – etwa in der abstrakten Malerei – wird es freilich tautologisch. Das Kunstwerk sagt: Ich stelle ein Kunstwerk dar (Selbstreferenz), dass sich selbst als ein Objekt der Kunst, also ein Kunstwerk, darstellt (Selbstreferenz

138 Anspielung auf Baumgarten, siehe bei Fn. 67.

139 Siehe bereits *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 326 f. mit weiteren Nachweisen.

140 *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 112 ff. et passim (= und durchgehend).

141 In der Formulierung von Johann Georg Sulzer (1720–1779): Vollkommen ist dasjenige, was „gänzlich, ohne Mangel und Überfluss, das ist, was es sein soll"; zitiert nach *Sibille Mischer*, Vollkommen/Vollkommenheit, in: Karlheinz Barck et al. (Hrsg.), Ästhetische Grundbegriffe, Band 6, Stuttgart 2005, S. 367–394 (385).

142 Siehe etwa *Friedrich Schiller*, Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen (1795), Stuttgart 1965, Nr. 22 (S. 91): „Darin also besteht das eigentliche Kunstgeheimnis des Meisters, daß er den Stoff durch die Form vertilgt." – Wenn man ein Buch schreibt, liebäugelt man manchmal mit dieser Metapher.

143 So kann man *Luhmann* (Fn. 140), S. 26 f., etwas vereinfachen.

144 Natürlich eine Anspielung auf *Douglas Adams*, The Hitchhikers Guide to the Galaxy, New York 1980. - Siehe auch oben Rn. 38 (bei Fn. 85) die Anmerkung zum Zusammenhang von „Schönheit" und „Zweckmäßigkeit" in der Natur.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als Fremdreferenz). Ironisch wird es, wenn das als Kunstwerk dargestellte Objekt gerade *kein* Kunstwerk ist, sondern ein Alltagsgegenstand („*ready made*"), der vom Kunstwerk als Kunst dargestellt wird. Berühmtestes Beispiel[145]:

Deshalb als nächstes und einfacheres Beispiel die Formel für ein Naturgesetz, sagen wir: „$e = mc^2$"! Sie sagt zugleich: Ich stelle eine reale Gesetzmäßigkeit „da draußen" dar (= beschreibe sie, Fremdreferenz), ich stelle aber auch eine wissenschaftliche Erkenntnis dar (= Selbstreferenz).

Ebenso ein Rechtsgesetz, es sagt: Ich stelle eine reale rechtliche Regel dar, an die man sich „da draußen" zu halten hat (= schreibe sie vor, Fremdreferenz), ich stelle aber auch ein Gesetz dar, das solche Regeln aufstellen darf (Selbstreferenz).

Schließlich eine juristische Erkenntnis, sie sagt: Ich stelle eine konkrete rechtliche Handlungspflicht *als rechtlich richtig* dar (= begründe sie, Fremdreferenz), ich stelle aber auch mich als jemanden dar, der sich dieses Urteil, wie die fachgerechte Begründung zeigt (!, Rn. 54), erlauben darf (Selbstreferenz). 71

Dies ist offenbar genau das, was die sogenannte **Künstliche Intelligenz** (KI oder auch AI wie *Artificial Intelligence*),[146] also Programme wie ChatGPT, (noch) nicht erkennen kann. Sie liest, mit anderen Worten, alle Texte, die sie im Internet findet, eindimensional (nämlich syntaktisch[147]). Sie weiß aber *nicht*, was man mit ihnen

145 Es stammt von Marcel Duchamps (1887–1968), Titel: *Fountain* (1917). Quelle: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Fontaine-Duchamp.jpg; Foto: Micha L. Rieser.

146 Wunderbarer Überblick: *Susanne Hähnchen/Paul T. Schrader/Frank Weiler/Thomas Wischmeyer*, Legal Tech. Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?, in: Juristische Schulung (JuS) 2020, 625–635.

147 Welche Zeichen/Informationen/Daten werden wie oft mit welchen anderen Zeichen und Zeichenkombinationen kombiniert?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

performativ-pragmatisch „tut“,[148] folglich auch nicht, was sie *wirklich* bedeuten[149] (kein Verständnis der semantischen Ebene[n[150]] der Daten/Informationen[151]).[152] Also kann sie auch (noch?) nicht zwischen **autoritativen Texten** (§ 14 Rn. 22) und deren **Interpretation** unterscheiden. Und solange sie dies nicht kann, wird man das, was *sie* tut, nicht als Rechts„anwendung“ bezeichnen dürfen.[153]

bb) Subjekt und Objekt, Individuum und Allgemeinheit, Innenwelt und Außenwelt

72 Damit sind wir bei der Sozialdimension der Ästhetik angekommen. Sie ist, wie wir gesehen haben, geradezu der Ursprung der neuzeitlichen Ästhetik (Gracián, oben Rn. 29), ausgehend von der Frage: Wie finde ich, als Subjekt, mich in einer Welt zurecht, in der die „objektiven“ sozialen Normen nicht mehr feststehen, sondern ständig im Fluss sind, mal mehr, mal weniger schnell? Mit den Überlegungen des letzten Abschnitts im Hintergrund können wir jetzt antworten: indem ich etwas *darstelle*,[154] genauer: indem ich zugleich *mich* und *mich als etwas* darstelle, kurz: indem ich eine Rolle spiele, die – jedenfalls auch – mit eben diesen sozialen Normen spielt: teils offen, teils verdeckt.

Wie in einer Fußnote bereits erwähnt, markiert die Chiffre „Person-Sein“ geradezu den Einstieg zu Graciáns Werk.[155] Und *persona* bedeutet ursprünglich „Maske“: die Maske, die in den Dramen der griechischen und römischen Antike die Schauspieler trugen.[156]

Nebenbei: Niklas Luhmann erblickt die Würde des Menschen gerade in seinem Recht auf gelungene (!) Selbstdarstellung.[157]

73 Dies führt zu den nächsten Polaritäten: „Individuum und Allgemeinheit“ (oder Individuum und Gemeinschaft) und „Innenwelt und Außenwelt“. Offenbar verhält es sich so, dass es in einer sozialen Gemeinschaft, verstanden als „Außenwelt“, objektive Normen und Maßstäbe gibt (der Kunst, des Rechts, der Moral), die zu ihrer *Verwirklichung* paradoxerweise auf die subjektive Wirklichkeit der Individuen zurückgreifen müssen: indem diese sich entschließen, in ihrer „Innenwelt“ die Normen von sich aus zu

148 Klassiker: *John Langshaw Austin*, How to Do Things with Words (1962), 2. Aufl. Cambridge, Mass. 1975; deutsch (typisch deutsch): Zur Theorie der Sprechakte, 2. Aufl. Stuttgart 1994.

149 Die Bedeutung von Begriffen ist, wie wir gesehen haben, das, was aus ihnen praktisch folgt (§ 5 I Rn. 14–17) – im jeweiligen Sinnzusammenhang (§ 5 II Rn. 40–59), versteht sich.

150 Ein skandalöses Beispiel für dem Umgang des BGH mit einer Äquivokation (Mehrdeutigkeit des Begriffs) findet sich unten § 34 Rn. 28–40: Erinnerung und „Erinnerung“ (bei der Amtshaftung eines Notars).

151 Zu „Daten – Fakten – Interpretationen“ schon § 6 Rn. 49: Tatsachen (Fakten) sind ein Ergebnis von Daten und Vertrauen. Und *Fake* ist Vertrauensbruch.

152 Zu allem vertieft *Björn Steinrötter*, Stochastische Rechtsanwendung, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Methodenlehre und Digitalisierung, Potsdam 2024, S. 9–30, insbesondere S. 21–28.

153 Sondern nur als deren Imitation.

154 Hilary Mantel (1952–2022) hat über sich selbst einmal gesagt: „I wanted to *be* someone.“

155 Siehe Fn. 111.

156 Im Wort steckt übrigens das Verb *sonare* = tönen (*sound*) und die Präposition *per* = durch, hindurch. Der Schauspieler sprach durch die Maske, genauer: durch eine passende, mit einem Tuch verhüllte Aussparung in der Maske hindurch.

157 *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, 6. Aufl. 2019, S. 68.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

befolgen, oder auch: indem sie sich entschließen, die Normen durchzusetzen, wenn andere Individuen gegen sie verstoßen.

74 Tun sie es nicht, und wird diese Zuwiderhandlung *wahrgenommen* (Ästhetik, s.o. Rn. 27), dann ist dies für die Gemeinschaft ein *Zeichen*, dass die Norm oder ihre Interpretation sich möglicherweise geändert hat. (Syllogistisch gesagt: Der Verstoß gegen die Norm ist ein *Resultat*, das eine der Prämissen der Schlussfolgerung, die von der Geltung der Norm ausgeht, in Frage stellt – sei es nun die *Regel* [den Obersatz] oder die Qualifikation des Verhaltens als *Fall* dieser Regel [den Untersatz]).

75 Kurz: Es gibt ganz offenbar „immer schon" eine letztlich ästhetische Wechselwirkung zwischen Individuum und Gemeinschaft; es gibt eine individuelle und kollektive Praxis, in der ein von allen „geteilter" Sinnzusammenhang seinen Ausdruck findet (Expressivität![158]) und sich dadurch zugleich ständig ändert („teilen" ganz im Sinn der neuen, sogenannten sozialen Medien).

Luhmann spricht denn auch von der „ewig unfruchtbare[n], ideologisch besetzte[n] Diskussion über das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft"[159].

cc) Alt und Neu, konservativ und fortschrittlich

76 Damit zur Zeitdimension der Ästhetik! Sie verläuft nicht so sehr entlang der Unterscheidung Vergangenheit–Gegenwart–Zukunft, sondern entlang der Unterscheidung „alt oder neu". Oder wenn man die Haltung dazu benennt: „konservativ oder fortschrittlich (innovativ, progressiv)".

Bereits hier: Das Recht ist in der Regel konservativ – dies folgt aus seiner Funktion, normative Verhaltenserwartungen abzusichern. Überraschungen sind eher Sache der Wissenschaft. Rechts*wissenschaft* sollte daher nicht langweilig sein.

77 Eine nur scheinbare Ausnahme ist neues Recht, das sich bewusst gegen eine als ungerecht empfundene alte soziale Ordnung wendet – ich denke an die Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,[160] die mit vollem Recht die „Wertordnung des Grundgesetzes" gegen alte Nazis (hier: Veit Harlan) und gegen eine Justiz, die sie weiterhin unterstützte, in Stellung gebracht hat.[161] Ein solches Recht ist sozusagen „konservativ für die Zukunft".

Sachverhalt der Entscheidung: **Lüth** – „damals Senatsdirektor und Leiter der Staatlichen Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg" – rief auf zum Boykott eines neuen Films des Regisseurs Veit Harlan. Dieser hatte in der NS-Zeit rassistische Filme gedreht („Jud Süß") und so das Regime kräftig unterstützt. Der Filmverleih klagte beim Landgericht auf Unterlassung des Boykottaufrufs – und bekam Recht: Es handele sich, so das Landgericht, um eine vorsätzliche

158 Siehe unten Rn. 98 f.

159 *Luhmann*, Soziale Systeme (Fn. 140), S. 298.

160 BVerfGE 7, 198 – Lüth (1958).

161 Zu dieser Kontextualisierung *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281 (186–196, insb. 195): „eine hochgradig zeitgebundene Entscheidung".

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB). Das BVerfG hob das Urteil auf: Der Boykottaufruf sei von der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt.[162]

78 Wie man sich in dieser Polarität von „alt oder neu" positionieren sollte, das ist offenbar das schwierigste Problem der neuzeitlichen Ästhetik. Festhalten kann man vielleicht, dass sich in früheren Zeiten – wenn man so will: bis zur sogenannten 1968er-Bewegung – stets das Neue vor dem Alten rechtfertigen musste. Erst im 20. Jahrhundert scheint der Begriff „neu" und „modern" die Konnotation von „besser als das Alte" bekommen zu haben. (Und dahinter steht möglicherweise die Ästhetik des Konsumkapitalismus, der – wie Benjamin Barber formuliert hat – nicht mehr Waren produziert, um Bedürfnisse zu befriedigen, sondern Bedürfnisse erfindet, um Waren zu verkaufen.[163])

Demgemäß kann man vielleicht auch politische Ideen als eine Art Ware verstehen, für die ein Bedürfnis produziert wird: etwa ein Bedürfnis nach moralischer Überlegenheit oder nach Identität. Natürlich kann man damit dann auch wirkliche Waren wie Bücher, T-Shirts, Eistees verkaufen.

Wie auch immer: Woran soll man sich in dem Konflikt von „alt oder neu" orientieren?

Denken wir etwa an neue Musik- oder Kunstrichtungen. Und daran, dass die wichtigste Unterscheidung hier vielleicht weniger „alt oder neu" sein sollte, sondern „gut oder schlecht".

79 Bleibt man bei Kant, so stößt man erneut auf die beiden subjektiven Vermögen (= Fähigkeiten) „Geschmack" und „Genie": Der *Geschmack* findet zu der schon bestehenden Regel den richtigen „Fall", also das in einer konkreten Situation richtige Verhalten. Das *Genie* hingegen findet, besser: *er*findet eine neue Regel – sei es dort, wo es noch keine Regel gibt, oder dort, wo eine alte Regel geändert oder gar ersetzt werden sollte. Wann ist aber dies, wann jenes richtig? Braucht es dafür ein besonderes *Gespür* (dazu sogleich) – Juristen sagen gern: ein gewisses „Judiz"?

In den herkömmlichen Juristischen Methodenlehren trägt die Unterscheidung von (konservativem) Geschmack und (fortschrittlichem) Genie die objektiv-unpersönlichen Decknamen „Rechtsanwendung" und „Rechtsfortbildung". Wir haben allerdings gesehen, dass beides ineinander übergeht – manchmal sogar recht gewaltsam (§ 29).

c) Intersubjektivität durch Ästhetik: Stil und Gespür

80 Wir kommen damit zu den beiden entscheidenden Seiten des Intersubjektiven, das zu produzieren die Aufgabe jeder Ästhetik ist. Gemeint sind, als die sozusagen äußere Seite, das Phänomen „Stil" und, als die innere Seite, eine weniger geläufige Kategorie, die ich „Gespür" nennen will.[164]

---

162 Die Entscheidung ist in vielfacher Hinsicht grundlegend – vor allem im Hinblick auf die Geltung der Grundrechte unter Privatleuten („mittelbare Drittwirkung"). Aber war – das fällt mir gerade auf – der Senatsdirektor Lüth hier wirklich nur als Privatmann tätig? Man entdeckt doch immer wieder etwas Neues.

163 *Benjamin Barber*, Consumed! Wie der Markt Kinder verführt, Erwachsene infantilisiert und die Bürger verschlingt, München 2007 (original englisch 2007; Untertitel: How Markets Corrupt Children, Infantilize Adults, and Swallow Citizens Whole), S. 16, 50 f., 315–318 und öfter.

164 Dazu schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 334 f., 337 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa) Was den **Stil** angeht, muss nicht viel gesagt werden. Stil ist – sei es in der Kunst, in der Mode, in der Wissenschaft, in anderen Lebensbereichen – vor allem ein sozialer Maßstab, der sich freilich in äußeren Objekten oder äußerem Verhalten *ausdrückt*. Ob man sich in meiner Studentenzeit als Punk gab oder als sogenannter Popper, war eine soziale Entscheidung. 81

Derzeit ist „kulturelle Aneignung" ein Problem, zum Beispiel das Tragen von Rasta-Locken. In früheren Zeiten waren solche *Dreadlocks* geradezu ein Zeichen für – das ist *nicht* polemisch gemeint! – „Gutmenschentum": Man identifizierte sich dadurch selbstredend mit der auf Jamaica diskriminierten Rastafari-Bewegung. Heute besteht der Verdacht, man könnte solche Locken nur tragen, weil man sie schön findet oder – *even worse* – weil man hip sein will. Dies wiederum sei eine Missachtung der echten Rasta-Menschen und ihrer Kultur.[165]

Was das Juristische angeht, so haben wir die Unterscheidung von Gutachten- und Urteilsstil bereits erwähnt[166] – allerdings noch nicht, dass sie im Prüfungswesen weit überbewertet wird. Pragmatisch betrachtet ist das, was diese beiden Stile *ausdrücken*, lediglich: Im Gutachtenstil wende ich mich an den Adressaten meiner Ausführungen *ergebnisoffen*; er oder sie darf mit mir noch diskutieren, ich bin noch offen für Neues. Im Urteilsstil wende ich mich an die Adressaten – insbesondere an die Parteien des Rechtsstreits – *ergebnisfixiert*; darüber können sie mit mir nicht mehr diskutieren (und wenn, dann hat dies keine praktischen Folgen). An der Qualität der Argumente ändert sich durch den Gutachten- oder Urteilsstil rein gar nichts. 82

Im Vorgriff: „Ausdruck", also *Expressivität*, ist genau das, was ästhetische Güte (Qualität) ausmacht.

Noch nicht erwähnt habe ich zudem: Der juristische Stil ist, jedenfalls in Deutschland, betont unpersönlich. Dies gilt für die Gerichte, in geringerem Maß aber auch für die akademische Rechtswissenschaft (wenn man dort also hört: „Sie haben einen eigenen Stil", dann ist das meist nicht positiv gemeint). Was mit diesem juristischen Stil *ausgedrückt* werden soll (Expressivität!), liegt auf der Hand: Wir entscheiden und argumentieren völlig objektiv. Sogar die „Werte", die wir einfließen lassen, sind objektive Werte – sagen wir: die Werte des Grundgesetzes –, nicht etwa unsere subjektiven Geschmacksurteile. Natürlich ist dies, in gewisser Weise, Theater – und ob es immer „gutes Theater" ist (s.o. § 30 Rn. 14–15, 17–18), darüber lässt sich streiten. Und zwar letztlich: ästhetisch streiten. 83

bb) Was das **Gespür** angeht, so soll diese Bezeichnung klar machen: Jemand, der es hat, kann gleichsam wie ein Spurenleser aus dem, was explizit und vor allem auch implizit „gesagt" (genauer: ausgedrückt) wird, den richtigen Sinn „herauslesen" (deuten, interpretieren). Kurz, es geht um die Fähigkeit, in konkreten sozialen Kontexten die *relevanten* Zeichen zu erkennen und aus ihnen für sein eigenes oder auch für fremdes Verhalten die „richtigen" Schlüsse zu ziehen.[167] 84

165 Weitere Beispiele aus jüngster Zeit: Auftritt eines Rentnerinnen-Chors mit Sombreros; Indianerkostüme; Übersetzung eines Gedichts von Amanda Gorman durch eine weiße Lyrikerin.

166 Schon § 2 Rn. 25–27, § 5 II Rn. 87, § 10 Rn. 23.

167 Siehe zum Spurenlesen aus semiotischer Sicht – und mit Verneigung vor Edgar Allen Poe, Sherlock Holmes und Charles Sanders Peirce: *Umberto Eco/Thomas A. Sebeok*, Der Zirkel oder im

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dabei darf man selbstverständlich nicht davon ausgehen, dass alle Beteiligten immer redlich agieren – und man muss nicht zuletzt deshalb die eigene Anfälligkeit für *biases* beachten (dazu §§ 35 und 36).

Ein typischer Juristen-*bias*: Wirf ihnen in politischen Debatten ein rechtliches Detailproblem hin – sie werden sich darein verbeißen. (Vielleicht gilt dies aber auch nur für Professoren.)

85 Wie auch immer: Offenbar muss man sowohl ein Gespür dafür haben, die richtigen „Daten" aus dem Informationswust, der uns geboten wird, herauszufiltern; als auch ein Gespür dafür, wie sie sich sinnvoll zu einem neuen Artefakt (Kunstwerk, Geschichte, Erklärung, Begründung) kombinieren lassen – einem Artefakt, das wir mit dem Prädikat versehen können: So ist es „richtig".

4. Gelingen und Gelungenheit

86 Und wie unterscheidet man nun im Bereich der Ästhetik das Richtige vom Falschen? Gibt es so etwas in der Ästhetik überhaupt? „Schönheit" scheidet schon in der Kunst mittlerweile aus, umso mehr in den anderen „Bereichen" der Ästhetik. Dass es dennoch so etwas wie ästhetische Richtigkeit gibt, zeigt sich immer wieder in den unterschiedlichsten Kontexten – dann nämlich, wenn ganz unbefangen von einem „Gelingen" oder „Misslingen" die Rede ist.[168]

Beleg dafür sind nicht zuletzt zwei Umfragen („Rundfragen"), die von zwei österreichischen Professoren des Öffentlichen Rechts unter ihren österreichischen und nun auch deutschen Kollegen durchgeführt wurden. Gefragt wurde nach der – aus Sicht der angesprochenen Kolleginnen und Kollegen – gelungensten und misslungensten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs bzw. Bundesverfassungsgerichts.[169] Wir kommen darauf zurück (§ 34 Rn. 3–6).

Im Folgenden wollen wir zunächst und in Kürze die Begriffe des „Gelingens" und einer davon abstrahierten „Gelungenheit" in den Sinnzusammenhang der Philosophie einordnen – ohne uns dabei auf eine einzige theoretische Perspektive festzulegen. Sodann werden wir, durchaus pragmatisch, nach Kriterien der Gelungenheit Ausschau halten (5).

a) Gelingen/Misslingen als Unterfall von „richtig/falsch"

87 Zunächst muss man sich klar machen: Die binäre Unterscheidung von „Gelingen/Misslingen" ist offenbar ein Unterfall des Richtigen/Falschen (wie gut/böse, wahr/unwahr oder rechtmäßig/rechtswidrig). Allerdings unterscheidet sie sich von wahr/unwahr und erst recht von rechtmäßig/rechtswidrig dadurch, dass es beim Gelingen/Misslingen ein **Mehr oder Weniger** gibt. Anders gewendet: Gelingen und Misslin-

---

Zeichen der Drei. Dupin, Holmes, Peirce, München 1985 (original: The Sign of Three, 1983). Dazu auch – und zum Spurenlesen bei Karl May (1842–1912) – *Lege*, Pragmatimus (Fn. 48), S. 236–240, 361 Fn. 80.

168 Zur Gelungenheit bereits *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 374–388.

169 *András Jakab/Sebastian Schmid* (Hrsg.), Rundfrage zum Verfassungsgerichtshof, in: Zeitschrift für [österreichiches] Öffentliches Recht (ZÖR) 2021, 1–155; *András Jakab/Sebastian Schmid* (Hrsg.) Rundfrage zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, in: ZÖR 2022, 467–854.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen sind jeweils graduelle Kriterien, während für die zuvor genannten das *tertium non datur* gilt: Eine Aussage ist wahr oder unwahr, einen dritten Wert gibt es nicht. (Aber wir haben schon gesagt: *Was* wahr oder unwahr ist, darüber entscheidet – mangels höherer Einsicht – ein graduelles Kriterium: die *bessere* Begründung.)

Aus Sicht der Systemtheorie ist „Gelingen/Misslingen" offenbar – Luhmann selbst sagt es so deutlich nicht[170] – der „Code" des Funktionssystems „Kunst" (nachdem „schön/hässlich" ausgedient hatte). Das Problem liegt dann darin, dass die „Programme" der Kunst so schwer zu fassen sind, d. h. die Regeln, nach denen dieser Code zugeteilt wird – zumal ein Aufbegehren gegen Regeln für manche Bereiche der Kunst kennzeichnend ist.[171] (Im Recht ist es einfach: Da haben wir als Programm die – in autoritativen Rechtssätzen formulierten – „Konditionalprogramme", bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolge,[172] und wir subsumieren darunter; nun gut: manchmal erfinden wir sie auch erst.[173])

b) Gelungenheit als regulatives Ideal

Von der gleichsam Kategorie[174] des Gelingens/Misslingens muss man sodann die „Gelungenheit" als regulatives Ideal (im Sinne Kants[175]) unterscheiden – so wie von der Unterscheidung wahr/unwahr (die sich auf einzelne Aussagen bezieht) die „Wahrheit" als solche; oder von der Unterscheidung rechtmäßig/rechtswidrig (die sich auf ein konkretes Verhalten bezieht) die regulative Idee der „rechtlichen Richtigkeit". Man muss also so etwas wie Gelungenheit **voraussetzen**, ohne jemals sicher sein zu können, dass man sie im Einzelfall erreicht hat. 88

In der Terminologie Luhmanns könnte man sagen: Gegenüber dem *Code* „gelingen/misslingen", der sich auf das einzelne Kunstwerk bezieht, wäre „Gelungenheit" die *Kontingenzformel* der Kunst (zum Begriff § 30 Rn. 45–47).

c) Gelungenheit als Zeichen für konkrete Vernünftigkeit (concrete reasonableness)

Gerade deshalb ist Gelungenheit dann aber auch der letzte Halt im Einzelfall: Das Ergebnis, das man produziert – sei es eine Erkenntnis, ein Kunstwerk, eine rechtliche Entscheidung –, ist, sofern es gelingt, ein **Zeichen** für konkrete Vernünftigkeit (*concrete reasonableness*).[176] Daher „gelingt" etwas offenbar auch erst dann, wenn nicht nur das Ergebnis, sondern auch die Mach-Art, also die Art und Weise, wie es produziert wird – im Recht also: wie es begründet wird –, als „richtig" und vorbildlich empfunden 89

170 *Luhmann*, Kunst der Gesellschaft (Fn. 99), S. 315. Lustig daher S. 307: Nur mit Hilfe des Codes „gelingen/misslingen" kann es dem Kunstsystem „gelingen [!!], … Kunstwerke als einen besonderen Beobachtungsbereich auszudifferenzieren". Also ist „Gelingen" wohl auch – quer durch alle Funktionssysteme hindurch (vgl. bei Fn. 67) – eine allgemein-ästhetische, nicht nur künstlerische Kategorie.

171 Siehe die (Nicht-)Definition des BVerfG Rn. 47.

172 Siehe § 14 Rn. 2.

173 Siehe §§ 17 bis 20.

174 Im Sinne Kants, also als Begriff des Verstandes.

175 § 30 Rn. 30 ff. (36); dass es bei Kant regulative *Idee* heißt (nicht Ideal) haben wir klargestellt.

176 Dazu schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 298 f., 300 f., 379–383, auch 591, 601.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden kann. Glückstreffer „gelingen“ nicht eigentlich; sie ereignen sich, sie kommen durch Zufall zustande.

Dies greift natürlich zwei Gedanken des amerikanischen Philosophen Charles Sanders Peirce auf: Logik und Ethik gründen letztlich auf Ästhetik; und Ideal der Ästhetik ist das schlechthin Bewunderungswürdige: *concrete reasonableness*.[177]

Ich füge dem hinzu: **Vernunft** heißt Probleme dort lösen, wo sie sich stellen.[178]

5. Kriterien der Gelungenheit

90 Der Hinweis auf das Konkrete, auf den Einzelfall, der vorbildlich bewältigt wird, führt weiter im Hinblick auf die Kriterien dessen, was wir „Gelungenheit“ nennen.

Zum Begriff „konkret“, wörtlich „zusammengewachsen“, bereits oben § 15c Rn. 23–26.

a) Bereichsspezifisch: zu den Sachen selbst!

91 Das Konkrete macht zunächst deutlich, dass Gelungenheit zuvörderst auf die „Sachgesetzlichkeiten“ des jeweiligen Bereichs verweist: Ihnen muss die Lösung des Falls – d.h. sowohl das Ergebnis als auch der Weg dorthin – „gerecht werden“. Die Musik hat ihre eigene „Sachlogik“ (die kulturell durchaus verschieden ausfällt), ebenso die Politik, die Liebe und so weiter – letztlich die ganze (gerade auch physikalische) Welt. Allerdings können wir diese Sachgesetzlichkeit nicht unmittelbar erkennen, sondern nur vermittelt durch Erfahrung, das heißt, in einer Auseinandersetzung mit „der Welt“ oder, wenn man so will: mit den jeweiligen Welten. (Ideologie ist, wenn man dies verweigert oder, *even worse*, verleugnet.[179]) Wer wissen will, wie Schimpansen denken, muss sich auf eine Begegnung mit ihnen einlassen (und die Schimpansen sich auf ihn bzw. sie[180]).

Die Kategorienlehre von Peirce haben wir schon erwähnt, also die Unterscheidung von *Firstness* (= die Qualität eines Dinges „an sich“), *Secondness* (= der *Outward Clash* mit etwas anderem) und *Thirdness* (= die Repräsentation dieses *Clash* in einem Zeichen, einer Spur).[181]

92 Vor allem muss man bereit sein, sich überraschen zu lassen, statt seine Erwartungen („Vorurteile“) bestätigt zu sehen. (Dies wäre Ideologie oder Dogmatismus.)

---

177 *Charles Sanders Peirce*, Artikel „Pragmatic and Pragmatism“ in: Baldwins Dictionary of Philosophy and Psychology (1901/1902), in: CP 5.3 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 3); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 316. – Aus Sicht der Fachphilosophie: *Nicola Erny*, Konkrete Vernünftigkeit. Zur Konzeption einer pragmatizistischen Ethik bei Charles S. Peirce, Tübingen 2005. Schlüsselbegriff ist dort Peirce‘ „Ethik des Agapismus“ (von griechisch *agápē* = [Nächsten-]Liebe, dazu 225-232). Ich neige ja eher zum Agapasmus, vgl. *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), 275-277; nein, das ist ein Scherz.

178 *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 383.

179 Abwandlung von *Jürgen Habermas*, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 9: „Daß wir Reflexion verweigern, *ist* der Positivismus.“

180 Vgl. *Jane Goodall*, The Chimpanzees of Gombe, Cambridge/Mass. 1986.

181 Siehe § 5 II Rn. 77 f.; zur Kategorienlehre ausführlich *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 243–262.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass man niemals vorurteils*frei* in eine Situation geht, ist eine andere Geschichte (ausführlich dazu §§ 35 und 36). Den juristischen Klassiker haben wir schon erwähnt: Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung (1970).[182]

Was das Recht angeht, so ist das, was unsere *Erfahrung* mit ihm regelt – also den Weg zu einem Ergebnis – natürlich die *Methode*. Sie kann je nach Rechtskultur stark divergieren – man denke an das Urteil des Salomon, an das Scherbengericht (*ostrakismós*) im alten Athen, an die Gottesurteile im Mittelalter, an John Lockes anarchische Idee, im „Naturzustand" sei ein jeder Mensch Richter und Vollstrecker in eigener Sache.[183] 93

Was „unser" Recht angeht, also Recht in der europäischen Tradition, so besteht seine Methode – wir haben das im Zweiten Teil ausführlich entfaltet – letztlich in „Logik, Logik, Logik", genauer: in deduktiver, induktiver und abduktiver Logik. In diesem Paragraphen haben wir hinzugefügt, dass „hinter" dieser Logik wiederum eine Ästhetik steckt – die Ästhetik des Syllogismus, der uns mehr „zeigt" als er sagt. Und wir können nun abschließend hinzufügen: „Hinter" der *juristischen* Logik steht – bereichsspezifisch – die Ästhetik des *Rechts*, also die Art und Weise, wie das Recht Streitigkeiten *wahrnimmt* (Stichwort: Relationstechnik, Schemata, Ermittlung des Sachverhalts) und diese Wahrnehmungen durch Bildung und Anwendung von Regeln zu in sich schlüssigen Entscheidungen *verarbeitet* (Stichwort *working logic*). 94

Dass Logik und Recht eng zusammengehören, ist übrigens keine ganz neue Erkenntnis.[184]

b) Bereichsunabhängige Kriterien

Unabhängig von den jeweiligen „Bereichsästhetiken" kann man für das, was ästhetische Gelungenheit ausmacht, die folgenden Anhaltspunkte angeben. 95

aa) Zusammenklang von Ergebnis und Herstellung

Bereits angedeutet wurde, dass zur Gelungenheit immer ein Zusammenspiel von Produkt und Herstellung gehört. Dabei kann der Witz gerade darin bestehen, dass man die Mühe, die hinter der perfekten Bewegung, dem perfekten Text, dem perfekten Bild steckt, gerade nicht mehr „sieht" – im Italienischen spricht man von *leggerezza* (Leichtigkeit). Es kann sogar so weit gehen, dass eine Begründung gerade nicht gegeben wird 96

182 Erscheinungsort: Frankfurt a.M.

183 *John Locke*, Second Treatise of Government (1690), deutsch: Über die Regierung, Stuttgart 1983, Kapitel 2.

184 *Helmut Spinner*, Begründung, Kritik und Rationalität. Zur philosophischen Grundlagenproblematik des Rechtfertigungsmodells der Erkenntnis und der kritizistischen Alternativen. Band 1: Die Entstehung des Erkenntnisproblems im griechischen Denken und seine klassische Rechtfertigungslösung aus dem Geiste des Rechts, Braunschweig 1977.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– weil sich genau darin die Autorität des Autors zeigt[185] (Gott muss die Zehn Gebote nicht begründen[186]). Und Selbstverständliches sollte man nicht ausbreiten.

bb) Orientierung am Muster, am Vorbild, am Standard

97 Charakteristisch für Ästhetik ist, wie wir gesehen haben, dass man die Maßstäbe des ästhetischen Urteils gerade nicht definieren kann – und mit ihm trotzdem den Anspruch auf Allgemeingültigkeit erhebt: *I cannot define it, but I know it when I see it.*[187] Daraus folgt, dass Ästhetik sich nicht deduktiv an Allgemeinbegriffen orientieren kann, sondern sich notgedrungen an Einzelfälle halten muss, die als Muster, als Standard, als Vorbild dienen. Wenn man wissen will, was ein guter Roman ist, muss man fünfzig Romane lesen; und im Jazz nennt man die Stücke, in denen Jazz sich mustergültig zeigt, ganz explizit *standards*; oder man denke an die sogenannten Standardbriefe.

Es liegt auf der Hand: Das Recht – genauer: ein wenigstens im Ansatz wissenschaftlich betriebenes Recht – drängt sich geradezu auf als ein „Referenzgebiet" für diese Orientierung am Fall. In Fallrechtssystemen ist dies besonders deutlich, aber auch Gesetze sind im Grund nichts anders als die Regelung von künftigen „Fallreihen"[188] – und im Zusammenspiel mit diesen ändern sie mehr oder weniger ständig ihre Bedeutung.[189]

cc) Expressivität

98 Das letztlich entscheidende Kriterium ästhetischer Gelungenheit will ich mit Peirce „Expressivität" (*expressiveness*) nennen.[190] Ein gelungenes Werk, und dies trifft gerade auf Sprachwerke zu, ist weit mehr als eine Ansammlung von Worten und Sätzen, mehr als die Summe der von diesen getragenen Bedeutungen, mehr als eine äußerliche Anordnung von ausformulierten Gedanken. Sondern es ist ein Ganzes, das als Ganzes einen „Eindruck" hervorruft, dem auf Seiten des Werkes dessen „Ausdruck" entspricht („Expressivität").

99 Diese Expressivität des Ganzen ist der letzte Punkt, den wir in unserem Bemühen um Erkenntnis, um konkrete Vernünftigkeit, um Gelungenheit erreichen können.

---

185 Nach *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 2 Bände, Frankfurt a.M. 1997, S. 142, ist Autorität die „Fähigkeit, mehr sagen, erläutern, begründen zu können, als im Moment zweckmäßig erscheint" (ähnlich S. 274, 1134).

186 An die Stelle der Begründung tritt dann eben die Inszenierung (Berg Sinai, brennender Dornbusch, steinerne Tafeln).

187 Dies in Anlehnung an ein berühmtes Votum des Richters am US Supreme Court Potter Stewart, siehe § 15a Rn. 50; es ging darum, was – im Hinblick auf einen konkret zu beurteilenden Film – *hard core pornography* ist.

188 *Jan Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 9–11 und durchgehend.

189 Allgemein dazu *Joachim Lege*, Die Realität des Rechts ist der Fall, in: Rechtsphilosophie (RphZ) 2019, S. 416–429.

190 *Charles Sanders Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903), Lecture V, in: CP 5.137, 140 (Fn. 177); deutsch in: Schriften (Fn. 177), S. 389 f., 391; dazu auch *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 299, 363, 601. – Peirce spricht von *esthetic goodness*, sie steht neben der *moral goodness*, d.h. *veracity*, und der *logical goodness*, d.h. *truth*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nahe liegt natürlich Hegels Gedanke: „Das Wahre ist das Ganze."[191] Und Kay Waechter (geb. 1954) hat einmal gesagt: Platons „Politeía" ist ein einziges großes Argument.

dd) Harmonie, Stimmigkeit: Angemessenheit nach angemessenen Standards

Allerdings können Werke mehr oder weniger „eindrücklich" (wie die Schweizer sagen) gelingen. Was aber macht dann den Unterschied? In einem ersten, etwas vagen Zugriff kann man an so etwas wie Harmonie, Kohärenz, Stimmigkeit etc. denken.[192] Was aber macht dann diese Harmonie oder Stimmigkeit aus? 100

Geht man von der altgriechischen Wurzel des Wortes aus, so bedeutet Harmonie ein Sich-Einfügen in ein Ganzes. Das heißt: Es muss offenbar Einzelteile geben, darüber hinaus aber auch einen Plan, gemäß dem sie sich zu einem „harmonischen" Ganzen fügen – oder eben nicht.

Im Anschluss an unsere Überlegungen von vorhin möchte ich diesen „Plan" nun als die Standards eines jeden „Bereichs" bezeichnen und für die Gelungenheit eines Werkes oder überhaupt einer Problemlösung formulieren: 101

> Man muss den **Standards** des jeweiligen Bereichs gerecht werden; es müssen aber auch diese Standards dem jeweiligen **Bereich** gerecht werden.[193] (Vielleicht ist das eine gute Formel gegen „Dogmatismus"[194].)

Deshalb werden z.B. die Standards der Logik so lange zu gelungener Erkenntnis verhelfen, wie sich die Realität im Wesentlichen logik-analog (also folgerichtig) verhält. Wenn es hingegen in einem Bereich der Realität – sagen wir im Recht – nicht mehr folgerichtig zugeht, sondern wenn diejenigen, die die Macht haben, Recht zu setzen, mal so und mal anders handeln – dann wird man auch mit den besten juristischen Methoden nur noch schwer etwas Gelungenes zustandebringen.[195]

6. Anstelle einer Zusammenfassung: Was ist ästhetische Qualität?

Wir wollen nicht alles, was wir zur Ästhetik gesagt haben, zusammenfassen. Stattdessen wollen wir noch einmal mutig die Frage stellen: Was ist eigentlich ästhetische Qualität, ästhetische Güte (*goodness*)? Wann ist etwas ästhetisch gut, wann schlecht? 102

Die Antwort ist letztlich wohl ganz einfach (man denke an Musik): Es muss etwas „rüberkommen". Deshalb ist „**Expressivität**" – also das, was ein Werk, ein Text, eine Handlung *ausdrückt* – und dadurch einen *Eindruck* hervorruft – unter all den anderen Kriterien der Gelungenheit gewiss das höchste.

---

191 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Phänomenologie des Geistes (1807), Vorrede, zitiert nach: Werke Band 3, Frankfurt a.M. 1986, S. 24.

192 Zentrales Thema und im Detail ausgearbeitet bei *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage, Baden-Baden 2022.

193 Evolutionstheoretisch könnte man hinzufügen: Die Standards müssen *in the long run* den jeweiligen Bereich in „Passung" mit seiner Umwelt halten, siehe *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 386, 387.

194 Um das Wort „Ideologie" zu vermeiden – wer es verwendet, gilt derzeit als verdächtig rechts.

195 Bestätigung aus Sicht der Verhaltensökonomie/Kognitionswissenschaft: § 35 Rn. 69 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Resümee und Ausblick

103 Wir sind, um den roten Faden wieder aufzugreifen, auf der Suche nach rechtlicher und juristischer Richtigkeit. Die erste Frage, die sich insoweit aufgedrängt hatte, lautete: Hat das nicht auch etwas mit Ethik zu tun? Das hat es in der Tat, aber leider nicht dergestalt, dass die Ethik klare Antworten liefert, wenn das Recht keine mehr hat.

Stattdessen ist klarzustellen: Ethik ist nicht gleichzusetzen mit Moral (verstanden als Inbegriff außerrechtlicher Normen). Ethik ist vielmehr das Hinterfragen von Normen (also von dem, was man „soll"), sie umfasst daher sowohl (a) die Moralphilosophie als auch (b) die Rechtsphilosophie. Das Wichtigste an der **Rechtsethik** (als einer sogenannten Bereichsethik) ist dann: Sie verlangt **Achtung** vor dem Recht. Recht darf nicht zu einem bloßen Mittel zum Zweck verkommen. Man darf es nicht in dieser Weise verächtlich machen. Vielmehr muss man es in seiner Eigengesetzlichkeit und, wenn man so will, Vernünftigkeit (*reasonableness*), erkennen und anerkennen.

Auch wenn man anerkennt, dass Recht immer nur die zweitbeste Lösung ist.

104 Der Begriff Achtung (oder wenn man so will: Respekt) führt somit zur **Ästhetik** – verstanden als eine gleichsam dreistufige Lehre: von der *Wahrnehmung* über das gute *Handwerk* bis zur *Gelungenheit*. Wir können das Recht achten, ja wir können es achten *wollen*, wenn und weil es uns – mit Kelsen zu reden – „im Großen und Ganzen" und immer wieder auch im Einzelfall als sachlich sinnvolle Problemlösung „einleuchtet". Dass dabei zwangsläufig immer die eine Seite verliert und die andere Seite gewinnt, lässt sich nicht ändern. Umso wichtiger ist: Es muss fair gespielt und fair entschieden werden. Und das ist letztlich eine Frage der Methode.[196]

Dass im englischen Wort *fair* sowohl Anständigkeit als auch Schönheit steckt, haben wir schon erwähnt.

105 Wir wollen im Folgenden zunächst kurz erörtern, was die deutschen juristischen Methodendiskussionen bislang zum Thema „Ästhetik" vorgelegt haben (§ 32). Es ist, um dies vorwegzunehmen, normativ nicht sehr ergiebig. Umso mehr will die NJML deshalb prüfen, was man sinnvollerweise unter rechtlicher und juristischer „Gelungenheit" (als einer Form von „Richtigkeit") verstehen kann (§ 33); dabei wird die Kategorie der „Vertretbarkeit" eine Hauptrolle spielen. Schließlich werden wir eine Art „Schema" oder wenn man will: einen neuen „Kanon" von Kriterien juristischer Gelungenheit vorschlagen (§ 34). Er wird – auf den ersten Blick vielleicht enttäuschend – einen großen Teil der „Kunstregeln" bestätigen, die wir als Juristen, mehr oder weniger bewusst, schon gut kennen. Umso erschreckender ist, wie schlampig, ja unfair wir sie manchmal handhaben.

196 Vielleicht darf man an dieser Stelle daran erinnern, dass *Immanuel Kant* als „das Geschäft" seiner Kritik der reinen (spekulativen) Vernunft bezeichnet hat: „Sie ist ein **Traktat von der Methode** (…)." Siehe KrV B XXII (Hervorhebung J.L.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz

In der deutschen Rechtswissenschaft – oder wie ich sie lieber nenne: Jurisprudenz[1] – ist „Ästhetik“ eigentlich kein Thema. Dies gilt auch für die gängigen Methodenlehren. Zwar findet man dort in der Sache durchaus Anklänge an ästhetische Kategorien, etwa wenn von „Stimmigkeit“ oder „Kohärenz“ die Rede ist. Aber *dass* dies Kriterien der Ästhetik sind, wird weder gesagt noch dürfte es bewusst sein. 1

In der deutschen juristischen Literatur sind daher Ansätze, die sich mit der Ästhetik des Rechts beschäftigen, die große Ausnahme. Insofern gibt es einige mehr oder weniger vergessene Ansätze aus der Zeit bis etwa 1950 (I). In einem eher weiten Sinn „ästhetisch“ ist eine danach einsetzende Renaissance der Juristischen Rhetorik (II). In jüngerer Zeit wurde das Thema „Ästhetik im Recht“ oder auch „Rechtsästhetik“ nur vereinzelt aufgegriffen (III). Allein die Neue Juristische Methodenlehre – NJML – will die Jurisprudenz mit Hilfe der Ästhetik auf eine neue, ehrliche Grundlage stellen (IV).

Wir wollen alles in der gebotenen Kürze behandeln.

I. „Historische“ Ansätze

1. Rudolf von Jhering

Der berühmteste Name zum Verhältnis von Recht und Ästhetik ist gewiss Rudolf von **Jhering** (auch **Ihering**, 1818–1892; Aussprache: Jeering).[2] Am bekanntesten ist Jhering dafür, dass er sich – in Auseinandersetzung u.a. mit Savigny (siehe § 1 Rn. 18, § 15d Rn. 7–21) – von der sogenannten „Begriffsjurisprudenz“ distanziert hat zu Gunsten einer mehr auf die „realen“ Verhältnisse blickenden, in gewisser Weise soziologischen Rechtswissenschaft.[3] Er selbst hat seine Methode als „Naturwissenschaft auf geistigem 2

1 Denn: Dies vereint die akademische Rechtswissenschaft an den Universitäten und die Rechtswissenschaft der „Praktiker“ unter einem gemeinsamen Dach. Dabei kann man sich sogar auf das klassische Römische Recht berufen: „*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* -Jurisprudenz (wörtlich Rechtsklugheit) ist Kenntnis der göttlichen und menschlichen Dinge, ist das Wissen (*scientia*) vom Gerechten und Ungerechten“ (Digesten 1,1,10,2; die Digesten – auch Pandekten – sind mit ihren 50 Büchern der Haupttext des klassischen Römischen Rechts; sie sind für Europa nicht weniger wichtig als die Bibel).

2 Zur Biographie: *Michael Kunze*, Rudolf von Jhering – ein Lebensbild, in: Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992, hrsg. von Okko Behrends, 2. Aufl., Göttingen 1993, S. 11–28. – Kunze hat als erster den akademischen Nachlass Jherings in der Göttinger Universitätsbibliothek geordnet; er ist vom Fach Jurist, bekannt aber vor allem als Schlagertexter und Musicalautor. – Zu Jherings Werk gerade unter methodologischem Aspekt: *Ralf Seinecke*, Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen“ Jhering (1818–1892), in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 148–176 mit vielen weiteren Nachweisen.

3 Am bekanntesten: *Rudolf von Jhering*, Der Kampf um's Recht (1872) – reichlich langatmig, genießbar deshalb eigentlich nur in der von Alexander Hollerbach bearbeiteten Ausgabe (8. Aufl., Frankfurt a.M. 2003); *Rudolf von Jhering*, Der Zweck im Recht (2 Bände 1877–1883), 3. Aufl., Leipzig 1893–1898, Nachdruck Goldbach 1997.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gebiet" oder auch „naturhistorisch" bezeichnet.[4] Zugleich hält er die juristische Konstruktion aber auch für „künstlerisch" und gestaltend, er formuliert insoweit sogar drei „Gesetze" (ähnlich den „Regeln", die wir in § 34 II-V entwickeln werden):

1. Das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs
2. Das Gesetz des Nichtwiderspruchs oder der systematischen Einheit
3. Das Gesetz der juristischen Schönheit.[5]

3 Diese Schönheit findet man allerdings erst in den höheren Sphären der Jurisprudenz, also in der Systembildung (vgl. §§ 19 und 20) – Ihering spricht von einer niederen und einer höheren Jurisprudenz.[6] Kennzeichen juristischer „Schönheit" sind daher vor allem Einfachheit, Anschaulichkeit und Durchsichtigkeit des gesamten „Rechtskörpers" – und sie ist kein absoluter, sondern ein gradueller, abgestufter Maßstab.[7]

Es liegt auf der Hand: Das, was Hauptgegenstand der heutigen Methodenlehren ist – die „Falllösung" – hat für Ihering mit Schönheit (und in diesem Sinn mit „Ästhetik") nicht wirklich viel zu tun. Wichtig ist dennoch, dass Ihering mit der „Schönheit" ein Kriterium in die juristische Erkenntnistheorie eingeführt hat, das weder höhere ethische „Werte" beschwört noch die juristische Richtigkeit in dogmatischer Fachsimpelei sucht (Ihering hat sich häufig darüber lustig gemacht, etwa über die juristische Haarspaltemaschine[8]).

Schöne Beispiele für derartige Spitzfindigkeiten übrigens auch in der berühmten Schrift von Hermann Staub zur positiven Vertragsverletzung.[9]

Das stimmt mit einigen Grundüberzeugungen der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) durchaus überein.

2. Gustav Radbruch, Heinrich Triepel, Hugo Marcus

4 Ein kurzes Kapitel zur „Ästhetik des Rechts" findet sich bei Gustav **Radbruch** (1878–1949) in seiner „Rechtsphilosophie",[10] ein längerer Abschnitt in der „Vorschule der

4 *Rudolf von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3 Teile, (1852–1865), 10. Aufl. (Neudruck der 5. Aufl., Leipzig 1894 – 1898), Aalen 1993, Teil II Abteilung 2, S. 361.

5 *Jhering*, Geist (Fn. 4) II 2, S. 371 ff., 374 ff., 379–382**).**

6 *Jhering*, Geist (Fn. 4) II 2, S. 358–361.

7 Zum gesamten Absatz und weiter vertiefend *Cosima Möller*, Die juristische Konstruktion im Werk Rudolf von Jherings – vom Universellen Rechtsalphabet zur juristischen Schönheit, in: Juristenzeitung (JZ) 2017, S. 770–777 (773 f.).

8 *Rudolf von Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), 13. Aufl., Leipzig 1924, Nachdruck Darmstadt 1992, S. 257.

9 *Hermann Staub*, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, S. 29–56; als Faksimile abgedruckt in *Thomas Henne/Rainer Schröder/Jan Thiessen*, Anwalt – Kommentator – ‚Entdecker': Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag am 21. März 2006, Berlin 2006. Also etwa: Wenn eine mangelhafte Sache geliefert wird, liege die „Unmöglichkeit" vor, eine mangelfreie Sache zu liefern, oder auch der „Verzug", mangelfrei zu leisten. Das erweckt, so Staub (S. 35), den „Eindruck" – ein ästhetisches Kriterium (!) – „des Geschraubten und Gekünstelten".

10 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 8. Aufl., hrsg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973, § 14.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsphilosophie".[11] Allerdings geht es dort eher um eine Gegenüberstellung von *Kunst* und Recht – in der Hoffnung, dass beide sich gegenseitig erhellen. Kurz: Es handelt sich um ein Verständnis von Ästhetik, das enger ist als das der NJML. Immerhin findet sich dort auch die berühmte Formulierung: „Ein guter Jurist würde aufhören, ein guter Jurist zu sein, wenn ihm in jedem Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst wäre."[12]

> Kaum noch in die heutige Zeit passt wohl der Satz: „Wenn Sprache des Rechts der kalte Lapidarstil ist, so ist, in seltsamem Gegensatz dazu, Sprache des Kampfes ums Recht, des kämpfenden Rechtsgefühls die glühende Rhetorik." Heute sind weder Gesetze und Gerichtsentscheide knapp und lapidar formuliert, noch werden dogmatische Streitigkeiten besonders glutvoll ausgetragen. Stattdessen herrscht eine gewisse Geschwätzigkeit, ein gebetsmühlenhaftes Herbeten von viel zu langen Formeln („Obersätzen", s.u. § 34 Rn. 56–59). 5

Das wohl berühmteste Buch zum Verhältnis von Recht und Ästhetik stammt von Heinrich **Triepel** (1868–1946): „Vom Stil des Rechts" (1947).[13] Triepel versucht in diesem Werk, natürlich unter dem Eindruck des gerade untergangenen Nationalsozialismus, das in dieser Zeit arg korrumpierte Recht in eine bessere Zukunft zu retten: mit Hilfe der ästhetischen Kategorien des Schönen und des Hässlichen. „Schönheit" finde sich in einem Rechtsakt, wenn er dem Inhalt nach einen hohen sittlichen Wert aufweist oder wenn er formal den für die Kunst geltenden Maßstäben genüge („Einheit in der Mannigfaltigkeit", gute Gliederung, Ausgewogenheit). „Häßlichkeit" habe sich vor allem im Recht des Nationalsozialismus gezeigt, teils wegen seiner Symbole, vor allem aber wegen des hohen Maßes an Unsittlichkeit.[14] 6

Auch Triepels Ansatz fasst, kurz gesagt, den Begriff „Ästhetik" doppelt enger als die NJML: nämlich als Lehre von der *Schönheit* im Bereich der *Kunst*. Zudem ist ihm diese Ästhetik offenbar etwas „Höheres" als das Recht: Der Normalbetrieb des Rechts, die Mehrzahl aller juristischen Entscheidungen, erscheint ihm daher „ästhetisch gleichgültig".[15] Ästhetisch belangvoll wird es erst, wenn es ganz schlimm kommt, dann soll die Ästhetik offenbar sagen können: So geht es nicht. Kurz: Ästhetik ist nur für die Sahnehäubchen und die Eiserne Ration der Jurisprudenz zuständig, nicht für ihr täglich Brot.[16]

---

11 *Gustav Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie. Nachschrift einer Vorlesung, hrsg. von Harald Schubert und Joachim Stoltzenburg, Heidelberg 1948, §§ 29–31; neu abgedruckt in: Gesamtausgabe, hrsg. von Arthur Kaufmann, Band 3, hrsg. von Winfried Hassemer, Heidelberg 1990, S. 200–211.

12 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 10), S. 204.

13 *Heinrich Triepel*, Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts, Heidelberg 1947 (also posthum erschienen). Neu herausgegeben und mit einer Einführung versehen von Andreas von Arnauld und Wolfgang Durner, Berlin 2007. Zitiert wird die Auflage von 1947.

14 Zum gesamten Absatz *Triepel*, Stil (Fn. 13), S. 11, 18, 20 ff., 45, 55 f.; zum Nationalsozialismus 147 f., 150–153.

15 *Triepel*, Stil (Fn. 13), S. 53 f.

16 So schon *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, Tübingen 1999, S. 566 f. – Die beiden Metaphern in Anlehnung an *Dietmar von der Pfordten*, Rezension von Lorenz Schulz, Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce (1988), in: JZ 1993, S. 194–196 (195); *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das sieht die NJML gründlich anders: Die Jurisprudenz ist durch und durch ästhetisch.[17]

7 Kaum bekannt ist ein zweites Buch aus dieser Zeit (1952): „Rechtswelt und Ästhetik" von Hugo **Marcus** (1880–1966). Obwohl selbst kein Jurist,[18] hat Marcus vor allem den juristischen Praktiker vor Augen und fragt sich, wie dieser zu einer Entscheidung kommt, wenn er nicht mehr weiter weiß. Nun, sagt Marcus, „da sucht er die fehlende Antwort bei der Ästhetik".[19] Genau besehen stellt sich Marcus dann die Art und Weise, wie man doch irgendwie weiterkommt, ganz ähnlich vor wie das, was die NJML als **Abduktion** herausgearbeitet hat – ein Zusammenschließen von „Gedanken aus entferntesten Bereichen zur rechten Zeit … unter einem entscheidenden Gesichtspunkt".[20] Man kann daher sagen, dass Marcus' Begriff von Ästhetik jedenfalls offener ist als die „Kunstästhetik" Radbruchs und Triepels.

Zur Erinnerung: Die Idee der Abduktion stammt von dem US-amerikanischen Philosophen Charles Sanders Peirce (1839–1914).[21] Die NJML hat sie fortentwickelt und versteht unter Abduktionen, prägnant gesagt, „kreative Schlüsse"; oder genauer: den (logischen) „Zusammenschluss von Schlüssen" (§ 6 III).

II. Juristische Rhetorik und Dialogik (Jurisprudenz als téchnē)

8 Wir haben schon eingangs gesagt, dass die Juristische Rhetorik[22] eher in einem weiten Sinn zum Thema „Recht und Ästhetik" gehört. Dies liegt daran, dass zwar auch sie – wie die soeben unter I genannten Ansätze – sich auf „Kunst" bezieht. Jedoch versteht sie unter „Kunst" etwas anderes als die neuzeitlichen „schönen Künste" (Musik, Dichtung, Malerei etc.), nämlich: die professionellen Künste der freien Berufe wie Medizin und Recht (man denke an ärztliche „Kunstfehler"). Für „Künste" in diesem Sinn greift man nun zurück auf die Antike, vor allem auf die antike Rhetorik (dazu schon oben § 2), und orientiert sich auch in der Bezeichnung an ihr: Die Jurisprudenz sei eine Kunst im antiken Sinn von (griechisch) *téchnē* oder (lateinisch) *ars*, das heißt: ein höheres, theoriegeleitetes „Handwerk", vielleicht darf man sogar sagen: eine angewandte Wissenschaft.

1967, S. 619. Schön dort auch: „Wie jede Wissenschaft [!] ist auch die Privatrechtsgeschichte *Lehre* im alten Handwerkssinn [!]: Information über das ehedem schon Gefundene, damit den Kommenden vermeidbare Irrtümer oder Umwege erspart bleiben."

17 Siehe schon *Joachim Lege*, Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens". 36 Thesen, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2015, S. 28-36.

18 Es ist schon unglaublich, wie leicht es einem heute das Internet macht, Informationen über alles mögliche zu bekommen. Also: Marcus, geboren in Posen, hatte Philosophie studiert und in diesem Fach promoviert. Er hat ein eher buntes Leben geführt, war z.B. zum Islam übergetreten und hatte sich für die Rechte der Homosexuellen eingesetzt.

19 *Hugo Marcus*, Rechtswelt und Ästhetik, Bonn 1952, S. 147.

20 *Marcus*, Rechtswelt (Fn. 19), S. 128; zur Blitzhaftigkeit S. 131.

21 Ausführlich zu ihm: *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16).

22 Bester Einstieg: *Katharina Gräfin von Schlieffen*, Rhetorik, in: Volker Römermann/Christoph Paulus, Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, München 2003, S. 192–229 (Rn. 52–89).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das einfache Handwerk heißt im Griechischen *banausía*, die eigentliche Wissenschaft *epistḗmḗ*.[23]

1. Die „Mainzer Schule“: Viehweg, Ballweg, Struck, Schreckenberger, Seibert

Die Wiederentdeckung der Rhetorik ist dem kleinen Werk „Topik und Jurisprudenz“ (1953) von Theodor Viehweg (1907–1988) zu verdanken – wir haben es schon mehrfach erwähnt.[24] Viehweg hatte darin, durchaus ironisch und polemisch, die Vorstellung angegriffen, Juristen würden ihre Urteile aus streng wissenschaftlich erkannten „Axionem“ nur noch „deduzieren“. In Wahrheit orientierten sie sich mal an diesem, mal an jenem Geschichtspunkt, auf Griechisch „Topos“ (wörtlich: Ort), und das sei auch gut so. Jurisprudenz sei eben Problemdenken, nicht starres Systemdenken. Das Buch hatte großen Erfolg, vielleicht deshalb, weil – wir haben es schon erwähnt – die Juristenzunft sich acht Jahre nach dem Krieg in ihrer Selbstgewissheit wieder gefangen hatte: Die Scham über die eigene Rolle im Nazireich, sofern vorhanden, war verdaut,[25] die meisten setzen ihre Karrieren fort[26] – da konnte man sich von einem Außenseiter zugleich ein wenig veräppeln und bestätigen lassen. 9

Ein Außenseiter ist auch Viehwegs Schüler Ottmar Ballweg (1928–2019) geblieben.[27] Bereits erwähnt haben wir die 64 Topoi („Allgemeinplätze“), die Gerhard Struck zusammengetragen hat – als sozusagen juristische Mehrzweckwaffen.[28] Ein nettes Detail am Rande: Zur „Mainzer Schule“ gehört auch Waldemar Schreckenberger (1929–2017), ein Schulfreund Helmut Kohls (1930–2017) und später dessen Staatssekretär im Bundeskanzleramt. So pragmatisch er als Politiker gewesen sein mag, so abgehoben ist seine Habilitationsschrift.[29] 10

Aus der Mainzer Schule hervorgegangen (Promotion bei Viehweg) ist zudem Thomas-Michael Seibert (geb. 1949). Seibert hat dann allerdings seinen Schwerpunkt mehr 11

23 Interessant ist, dass Aristoteles ausgerechnet die Topik – mehr dazu sogleich im Text – nicht als *téchne*, sondern als *epistḗmḗ* verstanden hat. Sie hatte ihren Platz daher auch schon im sogenannten *órganon*, also in der allgemeinen wissenschaftlichen Methodenlehre. Die Rhetorik hat ihren Platz hingegen im sozusagen Besonderen Teil, bei den angewandten Wissenschaften, genauer: hinter den Naturwissenschaften in einer Linie mit Ethik, Politik, Ökonomie und Poetik.

24 *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung (1953), 5. Aufl., München 1974; siehe dazu schon § 15c Rn. 34–38.

25 Zur Rolle einer Rückbesinnung auf „Naturrecht“ in diesem Kontext: *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz? Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2013.

26 Am Beispiel des Bundesjustizministeriums: *Manfred Görtemaker/Christoph Safferling*, Die Akte Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, München 2016 (die „Villa Rosenburg“ in Bonn war Sitz des Ministeriums).

27 Hauptwerk: *Ottmar Ballweg*, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970; erster Satz: „Gegenstand der Rechtswissenschaft ist die Jurisprudenz“ (S. 7).

28 *Gerhard Struck*, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt a.M. 1971, S. 20–34 (Gesamtumfang 118 Seiten).

29 *Waldemar Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, Freiburg i.Br. etc. 1978.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf die Semiotik (Theorie der Zeichen) verlegt[30] und von dort aus nach einer langen Karriere als Wissenschaftler und Praktiker nicht weniger als den „Entwurf einer allgemeinen Rechtslehre" vorgelegt[31] – nicht zuletzt unter Rückgriff auf Charles Sanders Peirce (1839–1914) und dessen „Amerikanischen Pragmatismus".

„Amerikanischer Pragmatismus" ist ein Fachausdruck, nämlich die Bezeichnung für eine bestimmte philosophische Richtung, die vor allem in der Tradition Kants steht. Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) knüpft vielfach an sie an.[32] Gemeint ist also nicht die Alltagsbedeutung von „Pragmatismus" als: na dann „machen wir einfach mal" – statt lang zu diskutieren.

2. Dialogik und Jurisprudenz: Rolf Gröschner

12 Die Gemeinsamkeit Rolf Gröschners (geb. 1947) mit der Mainzer Schule besteht darin, dass auch er die Jurisprudenz als eine „Kunst" im antiken Sinn von *téchnē* versteht. Darüber hinaus ist sein Ansatz allerdings von großer Eigenständigkeit geprägt, am programmatischsten formuliert in dem Aufsatztitel „Die richterliche Rechtsfindung: ‚Kunst' oder ‚Methode'?"[33] und im Titel der Dissertation: „Dialogik und Jurisprudenz". Etwas holzschnittartig kann man zusammenfassen:

Gröschner wendet sich – ähnlich wie Viehweg – gegen ein unreflektiertes Selbstverständnis der Jurisprudenz als „Wissenschaft", die an eine „Methode" glaubt, die im Wege einer *certa methodus* („sichere Methode") rechtliche Richtigkeit produziert oder gar garantiert. In Wahrheit finde, so Gröschner, kein am „Objekt Recht" festzumachender Erkenntnisprozess statt, vielmehr werde das Recht in einer vielschichtigen „Dialogik" erarbeitet: in den Dialogen (wenn man will: Verständigungen) der beteiligten Akteure miteinander, aber auch mit den „Sachen" (im Sinn von Sachverhalten), die es zu beurteilen gilt. In diesem Licht sei dann zum Beispiel auch das sogenannte „Judiz"[34] zu begreifen und die „Subsumtion"[35].

13 Gröschners Werk ist von beeindruckendem philosophischen Tiefgang[36] (und beneidenswerter Informiertheit), die NJML ist sich auch in sehr vielem mit ihm einig. Dies gilt besonders für die Ablehnung einer „wertenden Erkenntnis", die der rationalen Kritik entzogen wäre. Kritisch geäußert habe ich mich früher gegen eine gewisse Geringschätzung der Logik, die aber wohl eher der Pointierung diente als einem Abgrenzungswillen.[37] Ich bleibe allerdings dabei, dass Gröschners „Dialogik" nicht wirklich ernsthaft die Frage nach der „Richtigkeit" juristischer Erkenntnis stellt.[38]

---

30 Eine Art Zwischenbilanz: *Thomas-Michael Seibert*, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, Berlin 1996.

31 Dies ist der Untertitel von *Thomas-Michael Seibert*, Die Lehre vom Rechtszeichen, Berlin 2017.

32 Siehe den Nachweis in Fn. 16.

33 *Rolf Gröschner*, Die richterliche Rechtsfindung: ‚Kunst' oder ‚Methode'?, in: JZ 1983, S. 944–950.

34 *Rolf Gröschner*, Judiz – was ist das und wie läßt es sich erlernen?, in: JZ 1987, S. 903–908.

35 *Rolf Gröschner*, Logik und Dialogik der Subsumtion, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner (Hrsg.), Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 421–455.

36 … und immer glänzend geschrieben!

37 Vgl. *Gröschner*, Subsumtion (Fn. 35), S. 442 Fn. 95 als Antwort auf *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16), S. 579.

38 Dazu schon ausführlicher als hier *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16), S. 574–580.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. „Sachlichkeit“: Katharina Sobota/Gräfin von Schlieffen

Denselben Einwand habe ich gegen die Position von Katharina Gräfin von Schlieffen (geb. 1956). Im Übrigen halte ich ihre Doktorarbeit, die noch unter ihrem Geburtsnamen Katharina Sobota erschien, für eine der besten Analysen dessen, „was Juristen wirklich tun“ – und deshalb nach wie vor sträflich unterschätzt.[39] (Es gibt sehr viel flachere Bücher, die sehr viel häufiger zitiert werden.) 14

Sobota zeigt zum einen auf einer unteren, „handwerklichen“ Ebene (auch sie hält die Jurisprudenz für eine *téchnē*), wie logisch-vielschichtig juristische Argumentationen sind. Es ist keineswegs so, dass sich die juristische Logik im deduktiven „Justizsyllogismus“ erschöpfte, vielleicht auch noch im induktiven „Subsumtionssyllogismus“ – und der Rest ist freie Kunst, schöpferische Erkenntnis, werterkennende Eingebung. Nein, selbst die alltäglichsten juristischen Begründungen, zum Beispiel in einem Verwaltungsakt, bestehen aus einem weitverzweigten Geflecht von Syllogismen – derart weitverzweigt, dass es ein immenser Aufwand wäre, sie allesamt auszuformulieren. Also werden die meisten nur angedeutet oder verkürzt dargestellt – in der Terminologie der Antiken Rhetorik: als Enthymem, nicht Epicheirem (§ 2 Rn. 21–22). Wenn man wirklich alles explizit sagen wollte, würde sich ein juristischer Text von 15 Zeilen auf mindestens 15 Seiten auswalzen lassen[40] – ohne dadurch an Überzeugungskraft zu gewinnen. Wir wissen ganz einfach, dass eine Baugenehmigung ein Verwaltungsakt ist – und müssen es nicht langatmig mit Hilfe einer Subsumtion unter den Tatbestand des § 35 Satz 1 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz)[41] begründen. Nichtsdestoweniger schlummert in der schlichten Feststellung 15

> „Die Baugenehmigung, die der Nachbar N im Klageweg anzugreifen gedenkt, ist ein Verwaltungsakt“,[42]

sozusagen auf Abruf, ein solch syllogistisches Geflecht. Die **NJML** sieht sich dadurch bestätigt: Es ist alles **Logik**, **Logik**, **Logik** – wenngleich zu 80 bis 90 Prozent **latent**[43] (man stelle sich einen Eisberg vor).

> Dies ist übrigens eine der großen Schwierigkeiten juristischer Prüfungsaufgaben. Die Kandidaten müssen andauernd unterscheiden, was wichtig und was unwichtig ist, was also kurz behandelt werden darf und was ausführlich erörtert werden muss.
>
> Genauer zum (fünf- bis siebengliedrigen) Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS): § 8.

Eine Ebene höher interpretiert Sobota sodann, was durch diese „Geflechte“ geschaffen wird. Und die Antwort lautet: **Sachlichkeit**. Was damit gemeint ist, erschließt sich allerdings erst, wenn man sich die Dreiteilung vor Augen führt, mit der Sobota die Art und Weise, wie wir uns mit der Welt auseinandersetzen und uns über sie verständi- 16

39 *Katharina Sobota*, Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt a.M. 1990; ausführlich dazu schon *Lege* (Fn. 16), S. 569–572.

40 *Katharina Sobota*, Sachlichkeit (Fn. 39), S. 48, 57–71 (zusammenfassend S. 64).

41 Die Vorschrift lautet: „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.“

42 Dieses Beispiel so nicht bei Sobota.

43 Latein; wörtlich: verborgen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen, unterscheidet – gerade auch im Hinblick auf die Welt des Sollens, die Welt der Normen und Verhaltensregeln. Es sind dies: erstens Magie, zweitens Konsens, drittens schließlich „Sachlichkeit".[44]

> Auf die Politik übertragen entspräche der Magie eine religiös begründete Herrschaft (so im Kern das Gottesgnadentum), dem Konsens die Demokratie (Mehrheit statt Wahrheit), der Sachlichkeit eine an das Recht gebundene Regierung (Rechtsstaat).

17 Die letzte Pointe liegt dann darin: Durch diese logischen Geflechte wird auf den ersten Blick eine Art Scheinwelt konstruiert, eine Fiktion, eine bloß gedachte Welt.[45] Allerdings wird dann in einem zweiten Schritt diese Fiktion – oder wenn man will: dieses Denken – Realität: Wenn wir uns auf derartige Begründungsgeflechte einlassen, wenn wir bereit sind, uns immer wieder fragen zu lassen: „Warum?" – und dann nicht immer nur antworten wollen: weil ich es halt will (oder weil Gott es will oder weil alle das so wollen) – dann sind wir drin im Spiel der Sachlichkeit.

> Dass wir darin immer wieder an unsere Grenzen stoßen, liegt, wie wir mehrfach gesagt haben, schlicht daran, dass niemand von uns der liebe Gott ist.[46]

18 Die Übereinstimmungen von Sobotas bzw. von Schlieffens Lehre mit den Grundüberzeugungen der NJML liegen, wie ich meine, auf der Hand. Allerdings stellt auch sie, wie gesagt, bei aller Sachlichkeit nicht ernsthaft die Frage nach rechtlicher und juristischer Richtigkeit.

4. Lehrbücher: Fritjof Haft und Wolfgang Gast

19 Ein erstes Lehrbuch zur Juristischen Rhetorik hat im Jahr 1978 Fritjof Haft (geb. 1940) vorgelegt – mittlerweile liegt es in achter Auflage vor.[47] Das eher schmale Werk kommt durchaus salopp daher und versteht sich offenbar als echte Alternative zu den herkömmlichen Methodenlehren. Es betont daher in stärkerem Maß die Kontexte, in denen, und die Begriffsstrategien, mit denen argumentiert wird.

20 Dies gilt auch für das erheblich umfangreichere Lehrbuch von Wolfgang Gast (geb. 1940), das erstmals 1988 erschienen ist.[48] Es trug bis zur dritten Auflage den Untertitel: „Auslegung, Begründung, Subsumtion", behandelte (und behandelt) also thematisch auch das, was Gegenstand der herkömmlichen Methodenlehren ist. Gast hat insofern besonders deutlich gemacht, dass Juristen sich bei der „Rechtsanwendung" nicht um einen einzigen (Justiz) Syllogismus bemühen, sondern dass es immer um eine **Alternative** geht, immer um die Konkurrenz mindestens zweier „Modell"-Syllogismen: des einen, mit dem begründet wird, dass die umstrittene Rechtsfolge eintreten soll (z.B. eine Strafe); und des anderen, der begründet, dass sie nicht eintreten soll. Beide Syllogismen treten wie in einem Schönheitswettbewerb gegeneinander an, und Gast setzt offenbar voraus, dass es dann eine „bessere Lösung" gibt – wobei die Kriterien

44 *Sobota*, Sachlichkeit (Fn. 39), S. 37–46, auch S. 137–140.

45 Wir erinnern uns: Oberflächlich betrachtet ist Logik – nur – die Kunst des *Denkens* (§ 4 II). In Wahrheit ist sie die Lehre von der Folgerichtigkeit des *Handelns*.

46 *Hans Peter Duerr*, Traumzeit. Über die Grenze zwischen Wildnis und Zivilisation (1978), Neuauflage Frankfurt a.M. 1985, S. 504 f.

47 *Fritjof Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl., Freiburg etc. 2009.

48 Zuletzt *Wolfgang Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl., Heidelberg 2015.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

offen bleiben.[49] Wir werden diesen Gedanken daher bei unserer Untersuchung, was juristische „Gelungenheit" ist, nicht nur aufgreifen, sondern auch fortführen (§ 33 Rn. 20–31).

Dass die Fokussierung eines Konflikts auf eine Alternative, also eine Ja/Nein-Situation[50] – unter Absehen von allem anderen – die vielleicht größte Leistung des Rechts ist, haben wir wohl schon einmal erwähnt.

Bereits erwähnt haben wir auch Katharina von Schlieffens schönen Einstieg in die Juristische Rhetorik.[51]

5. Exkurs: „Rhetorik für Juristen"

Der Vollständigkeit halber: Nicht zur „Juristischen Rhetorik" im Sinn einer leicht widerborstigen Methode zum Umgang mit dem Recht zählen Anleitungen, die Juristen neben ihrem eigentlichen Fach rhetorische Fähigkeiten als „Schlüsselqualifikation" vermitteln.[52] Sie müssen also in unserem Kontext außer Betracht bleiben. 21

III. Neuere Ansätze

Auch in jüngerer Zeit ist die Beschäftigung mit Ästhetik in der Jurisprudenz ein Randthema geblieben. Allerdings hat es insoweit durchaus Bemerkenswertes gegeben. 22

1. Rechtsästhetik: Daniel Damler

Die wohl spektakulärste Untersuchung zum Thema „Recht und Ästhetik" hat Daniel Damler (geb. 1975) im Jahr 2016 vorgelegt.[53] Damler geht es um nicht weniger als eine kopernikanische Wende in Sachen juristische Dogmatik.[54] In aller Kürze: 23

Damler will zeigen, wie sehr nicht eigentlich unser abstraktes Denken seine Umwelt – oder darf man sagen: unsere Welt? – ordnet und formt. Vielmehr formen die Bilder und Metaphern, in denen wir lebensweltlich leben, das, was wir denken. Wenn im 19. Jahrhundert das große Faszinosum die „Energie" war – Energie in ihren verschiedensten technischen Formen (Dampfmaschine, Elektrizität, Feuer), dann hat sich diese Metaphorik auch ins Recht übertragen, und es entwickelt sich eine „energetische Rechtsgeschäftslehre", in der Schuldverhältnisse eben „erlöschen".[55] Das ist sicher richtig, und wir haben schon zugegeben, dass sich im Zeitalter des Computers Metaphern wie „Schnittstelle" aufdrängen (§ 24). Sehr schön ist auch, dass Damler zudem unter „Ästhetik", dem griechischen Ursprung gemäß, die Lehre von der Wahrnehmung

49 Hierzu schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16), S. 572–574.

50 Ein Klassiker: *Jürgen Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin etc. 1969.

51 Fn. 22.

52 Zum Beispiel *Thilo Tröger*, Rhetorik für Juristen. Recht reden, Baden-Baden 2021; Thema sind beispielsweise der Aufbau von Reden, die sprachliche Verständlichkeit, Regeln für den freien Vortrag und redebegleitende Visualisierungen, aber auch „juristische Argumentation aus rhetorischer Sicht".

53 *Daniel Damler*, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016.

54 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 53), S. 25.

55 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 53), insb. S. 164 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(*aísthēsis*) versteht.[56] Und auch er greift unter anderem auf Ergebnisse der experimentellen Psychologie zurück[57] (dazu unten § 35).

Nichtsdestoweniger darf man wohl sagen: Das Buch ist keine Methodenlehre und auch keine juristische Erkenntnistheorie.[58] Vielleicht kann man es am besten als Ideologiekritik verstehen: Es zeigt, wie sehr wir als Juristen von Vorstellungen beeinflusst werden, derer wir uns nicht hinreichend bewusst sind. Damit ist die NJML ganz *d'accord*.

2. Rechtsästhetik: Weitere Ansätze

24 Im weiten Sinn zum Thema „Recht und Ästhetik" gehören gewiss die vielfältigen Untersuchungen von Thomas Vesting[59] (geb. 1958) und seiner Schülerin Cornelia Vismann[60] (1961–2010) zu den Medien des Rechts. Auch die Position Ino Augsbergs ließe sich gut für die Ästhetik vereinnahmen (wenn sie dies denn nötig hätte). Mit der NJML ist jedenfalls bestens kompatibel, dass Augsberg durchaus konservativ die Bedeutung von *Texten* für das, was wir unter Recht verstehen, betont.[61] Und dass das Recht dadurch ex-istiert, dass es sich auf jeder Stufe seiner Verwirklichung ex-poniert,[62] verträgt sich gut mit unserer Beobachtung, dass ästhetische Qualität in Ex-pressivität besteht (§ 31 Rn. 98–99, 102).

25 Weiteres: Im Jahr 2015 brachte die Zeitschrift „Rechtsphilosophie" (RPhZ) ein Themenheft mit dem Titel „Rechtsästhetik" heraus – als Heft Nr. 1 des ersten Jahrgangs![63] Es versammelte Beiträge von Juristen und Fachphilosophen. Unter philosophischer Federführung folgte im Jahr 2020 ein Sammelband mit dem Titel „Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht".[64] Er umfasst als Blöcke die Themen: Recht und Form[65], Recht und Gefühl[66], Urteilen in Recht und Ästhetik[67], schließlich Recht und

56 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 53), S. 29.

57 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 53), S. 50–61.

58 Ausführlich zum Werk die Rezension von *Joachim Lege*, in: Rechtswissenschaft (RW) 2017, S. 347–355.

59 *Thomas Vesting*, Die Medien des Rechts. 4 Bände, Weilerswist 2011–2015; die Bände tragen die Titel: „Sprache", „Schrift", „Buchdruck", „Computernetzwerke".

60 Vor allem: *Cornelia Vismann*, Akten. Medientechnik und Recht, Frankfurt am Main, 2000, 2. Auflage 2001. Siehe auch ihre großartige Antrittsvorlesung: *Cornelia Vismann*, Das Schöne am Recht, Berlin 2012; es geht darin um … Lykurg und Solon, Sparta und Athen …

61 *Ino Augsberg*, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, 2. Aufl., Weilerswist 2020.

62 *Ino Augsberg*, Elemente einer Theorie des expositiven Rechts, Weilerswist 2021.

63 Beiträge von *Eva Schürmann*, *Fabian Steinhauer*, *Joachim Lege*, *Andreas von Arnauld/Stefan Martini/Christian Klein*, *Ludger Schwarte* und *Jörn Reinhardt*. – Großer Dank gebührt dem Herausgeber der Zeitschrift: *Joachim Renzikowski*.

64 *Eva Schürmann/Levno von Plato* (Hrsg.), Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht. Untersuchungen zu Formen und Wahrnehmungen des Rechts, Baden-Baden 2020.

65 Beiträge von *Gertrude Lübbe-Wolff* und *Dietmar von der Pfordten*.

66 Beiträge von *Hilge Landweer* und *Julia Hänni*.

67 Beiträge von *Andreas von Arnauld*, *Levno von Plato* und *Ludger Schwarte*. Im Beitrag von *von Arnauld* – „Ästhetisches und juridisches Urteilen: Rechtsästhetik als Methodenkritik" (S. 103–117) – kommt das Kritische weniger deutlich heraus, als der Titel vermuten lässt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Medien[68]. Das Buch bietet den wohl besten Einstieg und Überblick zum gegenwärtigen Stand der Forschung. – An anderer Stelle erwähnt haben wir bereits einen schönen Sammelband zur Inszenierung von Recht.[69]

Als Überblick muss schließlich noch der Abschnitt „Zur Ästhetik des Rechts" im Lehrbuch von Klaus F. Röhl (geb. 1938) und Hans Christian Röhl (geb. 1964) zur Allgemeinen Rechtslehre genannt werden.[70] Dies ist – wie immer bei Röhl – ein akribische Zusammenstellung,[71] setzt darüberhinaus aber auch eigene Akzente, etwa mit dem Thema „Schönheit als soziale Macht – ästhetische Diskriminierung". Ein wenig missverstanden fühle ich mich, wenn es über meinen Ansatz[72] heißt – genauer: über das, was nach Röhls Einschätzung Skeptiker aus ihm schließen könnten: „**Ästhetik** diene den Juristen als **Wundpflaster für Rationalitätslücken**."[73] 26

> Richtig daran könnte allerdings sein, dass die **NJML** in der Tat den **Finger in** eine **Wunde** legt – in die Wunde, die sich auftut, wenn man die Selbstgewissheit der Zunft in Zweifel zieht. Oder nehmen wir ein anderes, poetischeres Bild: Vielleicht will die NJML den Juristen und auch Nicht-Juristen zeigen, dass der Kaiser in manchen Fällen sehr dünn bekleidet ist.[74]
>
> Und vielleicht kann man dann mit Marx fortfahren: Es kömmt darauf an, sich trotzdem nicht zu verbiegen.

IV. Die NJML (Neue Juristische Methodenlehre)/Kritik der juristischen Vernunft

Ich glaube sagen zu dürfen: Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) ist der einzige Ansatz, der die Jurisprudenz mit Hilfe der Ästhetik **systematisch** auf eine neue Grundlage stellt, und zwar sowohl die Alltagsjurisprudenz als auch die „höhere" Rechtswissenschaft und Rechtstheorie. Wir wollen dies kurz skizzieren. 27

1. Pragmatismus und Jurisprudenz

Philosophische Grundlage der NJML ist im Wesentlichen der Amerikanische Pragmatismus, so wie er von Charles Sanders Peirce entfaltet wurde.[75] Es ist dies eine äußerst vielschichtige Philosophie, aus der wir nur drei Gedanken herausstellen wollen. Erstens: Die Bedeutung aller Begriffe und Aussagen ist das, was praktisch aus ihnen 28

68 Beiträge von *Laura Münkler*, *Eva Schürmann*, *Stefan Machura*, *Eberhard Ortland* und *Jörn Reinhardt*.

69 *Laura Münkler/Julia Stenzel* (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019.

70 *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 4. Aufl. (angekündigt), § 18; Vorabdruck im Netz zugänglich unter file:///C:/Users/PC-Benutzer/Downloads/SSRN-id3191176–2.pdf.

71 *Klaus F. Röhl* hat sich mir gegenüber einmal wie folgt geoutet: „Ich bin ein Schubladendenker."

72 *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16 und 17).

73 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 70), S. 275 (Fettdruck im Original).

74 Siehe *Hans Christian Andersen*, Des Kaisers neue Kleider, in: Gesammelte Märchen. Erster Theil, Leipzig 1847, S. 41–44. – Ob die Prozession trotzdem, so wie im Märchen, „noch straffer" voranschreiten wird?

75 Aufgearbeitet bei *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

folgt. Zweitens: Alle Erkenntnis beruht auf Logik, Logik, Logik (Deduktion, Induktion, Abduktion) – nicht etwa auf höheren, intuitiven Einsichten. Drittens: Die Logik ist eingebettet in die Ethik, die Ethik in die Ästhetik (dies sind die drei normativen Wissenschaften).

> Zum Kontrast die herkömmlichen Methodenlehren: Für sie besteht die juristische Methode aus ein bisschen Logik, einem ordentlichen Schuss Wertung und viel Fachsimpelei.

2. Ästhetik als Anfang und Ende des „juristischen Denkens" – und Handelns

29 Allerdings ist Ästhetik für die NJML nicht die Lehre vom Schönen und Erhabenen, sondern zuallererst[76] die Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aísthēsis*). In dieser Weise ist Ästhetik das A und O, also: Anfang und Ende,[77] eines jeden Denkens, also auch des juristischen Denkens.[78] Wir beginnen mit einem ersten Eindruck („Wertung"), was rechtlich richtig sein sollte („das muss man doch dürfen!"). Wir arbeiten ihn dann, wenn andere das anders sehen, mit Hilfe der Logik so lange durch, bis wir ein Ergebnis gefunden haben, das uns „richtig" erscheint. Aber warum? Weil uns dieses Ergebnis insgesamt stimmiger erscheint und wir uns deshalb mit dem, was praktisch aus ihm folgt, „besser fühlen". *Nothing more pretentious.*

3. Kritik der juristischen Vernunft

30 Aber es stimmt schon: All dies müssen wir noch besser begründen. Und vor allem müssen wir begründen, dass diese Sichtweise vernünftig ist – vernünftiger als die der herkömmlichen Methodenlehren. Zu diesem Zweck wollen wir in den §§ 33 und 34 genauer betrachten, nach welchen Maßstäben die juristische Ästhetik verfährt. In den §§ 35 und 36 werden wir auf diese juristische Ästhetik dann noch einen Blick von außen werfen: aus Sicht der neueren Kognitionspsychologie und Verhaltensökonomie.

76 Im weiteren Verlauf ist sie dann die Lehre von einer Art Dreifaltigkeit aus Wahrnehmung, gutem Handwerk und Gelungenheit, siehe schon § 31 III.

77 Das griechische Alphabet beginnt mit Alpha und endet mit Omega.

78 So schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 17).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 33 Juristische Ästhetik I: Vertretbarkeit und Gelungenheit

Wir kommen nun zur zweiten großen Neuigkeit der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML). Um zu ihr hinzuführen: 1

Das Thema des Vierten Teils der NJML lautet „Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit". In § 30 III hatten wir gesehen, dass diese rechtliche Richtigkeit eine regulative Idee ist (ein „Ideal"), genauer: Es ist *die* regulative Idee der Jurisprudenz. In § 31 haben wir sodann gefragt, worauf sich diese Jurisprudenz letztlich gründet. Insofern konnten wir sagen, dass es nicht ganz ohne Ethik ausgeht (man braucht eine gewisse **Haltung**, § 31 Rn. 13, 17–21).

Die zweite Hauptthese der NJML lautet nun allerdings: Der **letzte Halt** der Jurisprudenz – also der Wissenschaft vom Recht – ist nicht die Ethik (oder eine spezielle Ethik); letzter Halt ist vielmehr eine spezifisch **juristische Ästhetik**. Wir haben uns daher in § 31 II generell zur Ästhetik informiert (von der Wahrnehmung über die Kunst bis zum Gelingen) und wollen uns nun um die juristische Ästhetik kümmern. Insoweit lautet die 2

These: Letztkriterium der Jurisprudenz ist die juristische **Gelungenheit** einer rechtlichen Entscheidung.

> Wir werden alsbald sehen, dass diese juristische „Gelungenheit" ein *gradueller* Wert ist, es gibt also „mehr oder weniger" Gelungenes. Hingegen ist die rechtliche „Richtigkeit" ein *absoluter* Wert: Es gibt nur richtig oder falsch – und nichts Drittes (auf Latein: *tertium non datur*[1]).

I. Gelungenheit als juristische Kategorie

Soweit ich sehe, ist „Gelungenheit" als Kategorie zur Beurteilung rechtlicher Entscheidungen und juristischer Begründungen bisher kaum thematisiert worden.[2] Zwar finden sich in der juristischen Literatur immer wieder Wendungen, gemäß denen eine Subsumtion „gelingt" oder ein Urteil mehr oder weniger „gelungen" ist. Was damit gemeint ist, bleibt jedoch offen – auch und gerade in den Methodenlehren[3]. 3

1 Zum *tertium non datur* als dem dritten Grundgesetz der Logik siehe § 5 III Rn. 89.

2 Umso bemerkenswerter *Stefan Feix*, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung. Grundlegende Untersuchung anhand der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung zum Delisting, Berlin 2020, insb. S. 193–204 (eine Dissertation!); ebenfalls beschränkt auf die Rechtsfortbildung und mit anderer Terminologie bereits *Karl Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Heidelberg 1965, insb. S. 13: „Es muss eine *Regel* aufgestellt werden" (!), die Rechtsfolge muss dazu passen, und die Regel muss sich „in das Ganze der Rechtsordnung bruchlos einfügen". Es geht also auch ohne „Werterkenntnis"! – Generell zur Kategorie juristischer Gelungenheit *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 582–606; zur Gelungenheit in verschiedenen Kontexten *Joachim Lege* (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019.

3 Am nächsten kommt dem hier verfolgten Ansatz *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, S. 623–678, insbesondere Kapitel 27 (S. 639–678): Herstellung von Kohärenz.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Allgemeine Akzeptanz …

4 Nichtsdestoweniger (oder gerade deshalb?) ist die Kategorie des „Gelingens" oder – wie sie hier entfaltet werden soll – der „Gelungenheit" offenbar allgemein akzeptiert. Den schönsten Beweis dafür haben jüngst und gleich doppelt zwei junge Kollegen aus Österreich – András Jakab und Sebastian Schmid – geliefert:

Sie haben zunächst im Jahr 2020 unter den österreichischen Professorinnen und Professoren des Öffentlichen Rechts eine Umfrage gestartet (österreichisch: „Rundfrage"), welches aus deren Sicht die gelungenste und welches die misslungenste Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs sei (er wurde in jenem Jahr 100 Jahre alt). Der Rücklauf war beachtlich: 20 Kolleginnen und Kollegen nahmen teil.[4] Davon beflügelt, haben Jakab und Schmid sodann eine solche Rundfrage unter den deutschen Professorinnen und Professoren im Jahr 2021 wiederholt – in diesem Jahr wurde das Bundesverfassungsgericht 70 Jahre alt. Auch hier war das Echo groß: Mit einem Beitrag geantwortet haben 54 Kolleginnen und Kollegen.[5]

Als gelungenste Entscheidung hat sich dabei die Lüth-Entscheidung[6] herausgestellt (viermal genannt). Den Platz der misslungensten Entscheidung teilen sich, jeweils viermal genannt, das Homosexuellen-Urteil[7] und das Urteil zum PSPP-Programm der Europäischen Zentralbank (EZB)[8]. Meine Favoriten waren: Der Nassauskiesungsbeschluss[9] (gelungen) und die Entscheidung zur Vermögensteuer[10] (misslungen).[11]

2. … eines ästhetischen Begriffs

5 Bemerkenswert ist nun, dass alle Teilnehmer an der Rundfrage mit dem Begriff des Gelingens offensichtlich etwas anfangen konnten – und dies, obwohl Jakab und Schmid bewusst darauf verzichtet hatten, insoweit eine Begriffsbestimmung vorzugeben.[12] Kurz und gut, es blieb jedem Kollegen selbst überlassen, was er unter „gelungen" und „misslungen" verstehen wollte – und doch wussten alle, worüber wir reden. Einen besseren Beweis dafür, dass es sich um einen Begriff der Ästhetik handelt – einen Begriff wie „schön" – kann man sich nicht wünschen.

Anders gewendet: Was „gelungen" bedeutet, kann man nicht abschließend wissen/sagen – *je ne sais quoi* (§ 31 Rn. 30) – und doch wissen alle, was gemeint ist.

4 ZÖR 2021 ([österreichische] Zeitschrift für Öffentliches Recht).
5 ZÖR 2022, S. 467–854.
6 BVerfG 7, 198 – Lüth (1958) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).
7 BVerfGE 6, 389 - Homosexualität (1957).
8 BVerfGE 154, 17 – Europäische Zentralbank/PSPP (2019); PSPP bedeutet: Secondary Markets Public Sector Asset Purchase Programme.
9 BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981).
10 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer (1995).
11 *Joachim Lege*, Was wir schon immer über das Eigentum sagen wollten, in: ZÖR 2022, 661–669.
12 *András Jakab*, Rundfrage zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, in: ZÖR 2022, 467–484 (467).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Die Große Vermittlerin: Vertretbarkeit

Nochmals anders gewendet: Offenbar eröffnet das Wort „gelingen" oder – wie wir es hier als Begriff einführen wollen: das Wort „Gelungenheit" – ein Sprachspiel[13] mit gewissen Regeln, die uns freilich zum großen Teil unbewusst sind. Wir wollen im Folgenden nun versuchen, uns diese Regeln etwas bewusster zu machen, und dazu eine Reihe von Begriffen unterscheiden. Zentral wird dabei der jedem Juristen vertraute Begriff „Vertretbarkeit" sein – auch er ist in der methodologischen Literatur sehr unterbelichtet.[14] 6

1. Entscheidung – Ergebnis – Begründung

Die ersten drei Begriffe beziehen sich rein deskriptiv und wertfrei auf das juristische Endprodukt: eine rechtliche *Entscheidung*. Diese Entscheidung ist, wie wir gesehen haben, eine Art Paradox (§ 30 Rn. 3–6): Sie möchte „richtig" sein, weiß aber noch nicht, *was* richtig ist (sonst müsste man nicht entscheiden); erst wenn sie gefallen ist, kann man es wissen – nach welchen Kriterien auch immer, meist nach mehreren (z.B. „politisch klug, rechtlich in einer Grauzone"). 7

Genau besehen sollte man nun freilich im Recht nicht die Entscheidung als Ganzes mit den Attributen „richtig" oder „falsch" versehen, sondern nur ihr *Ergebnis* (das Resultat der Schlussfolgerung). Es ist „richtig", den A wegen Totschlags zu bestrafen (und nicht wegen Mordes[15]). Und es gilt dann *im Recht* (in anderen Sinnzusammenhängen[16] mag anderes gelten): Es gibt nur *eine* rechtlich richtige Antwort, denn es kann nur *eine* Partei Recht haben.

Demgegenüber gibt es bei der *Begründung* dieses Ergebnisses nicht diese streng binäre Unterscheidung rechtmäßig/rechtswidrig, vielmehr kann man hier von einem graduell-analogen besser/schlechter sprechen. Begründungen sind *mehr oder weniger* „gut", *mehr oder weniger* „schlecht" – gemessen an den juristischen „Kunstregeln" (zu ihnen weiter unten § 34 II-V). 8

Statt „binär" könnte man auch „digital" sagen.

---

13 Für die Nicht-Philosophen: Der Begriff „Sprachspiel" stammt aus der Spätphilosophie Wittgensteins (*Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen [englisch 1953, deutsch/englisch 1958], in: Werkausgabe Band 1, Frankfurt a.M. 1984, Nr. 7). Wir haben daraus bereits die „Familienähnlichkeiten" fruchtbar gemacht (§ 15a Rn. 52–54).

14 *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 16 III, behandelt unter dem Stichwort „Vertretbare Entscheidungen" letztlich die Problematik unbestimmter Rechtsbegriffe mit oder ohne Beurteilungsspielraum (in diesem Buch § 15a Rn. 69–75; auch er identifiziert sie als Kompetenzproblem (Kompetenz im Sinn von Zuständigkeit). *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1. Aufl., Freiburg i.Br. 2018, S. 79, erwähnt die Grenze „zwischen methodisch noch vertretbarem und nicht mehr vertretbarem Handeln" nur kurz im Zusammenhang mit „Richtertypen".

15 Das Verhältnis des Mordes zum Totschlag ist eine klassische dogmatische Streitfrage (eigenständiger Tatbestand oder Qualifikationstatbestand?). Auf sie wird hier *nicht* angespielt.

16 Zum Begriff § 5 II Rn. 40–59.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. richtig/falsch – vertretbar/nicht vertretbar

9 Wir sehen also: Bei der Beurteilung rechtlicher Entscheidungen (als Ganzem) gibt es einen Spielraum – und es gibt ihn nicht. Der Widerspruch löst sich auf, wenn man zu den Unterscheidungen „richtig/falsch" (Ergebnis) und „besser/schlechter" (Begründung) eine dritte Kategorie hinzufügt,[17] die beide gewissermaßen verbindet oder überwölbt: die Unterscheidung „vertretbar/nicht-vertretbar" – wobei „vertretbar" in einem ersten Zugriff ganz schlicht alles ist, was man als Jurist guten Gewissens *vertreten* kann, sei es als Ergebnis oder als Begründung. Allerdings stellt sich dann das Verhältnis der beiden Unterscheidungen „richtig/falsch" und „vertretbar/nicht-vertretbar" aus der Sicht des **Rechts** und aus Sicht der **Jurisprudenz** (also der Rechtswissenschaft, wie man sie verstehen sollte[18]) unterschiedlich dar:

a) Die Perspektive des Rechts: „vertretbar" = eigentlich falsch, aber noch ...

10 Vom **Recht** her gesehen (man denke sich einen Richter) gibt es im Hinblick auf das **Ergebnis** (die Rechtsfolge) nur eine einzige richtige Lösung (*right answer*)[19] – alles andere ist **falsch, aber** unter Umständen, d.h. mit hinreichend guter Begründung, **vertretbar**.

Auf der anderen Seite ist alles, was in der Begründung methodisch **nicht mehr vertretbar** ist (also juristisch falsch), auch im Ergebnis **rechtlich falsch**.

Das prominenteste Beispiel – die Entscheidung des BVerfG zu PSPP-Programm der EZB[20] – haben wir schon erwähnt (§ 18 Rn. 36–37).

b) Die Perspektive der Jurisprudenz: „vertretbar" = alles richtig, solange noch ...

11 Von der **Jurisprudenz** her (man denke sich einen Prüfer im Staatsexamen) kann es *mehr* als ein einziges „richtiges" **Ergebnis** geben, nämlich so viele, wie sich adäquat begründen lassen: Das Ergebnis ist dann **richtig**, wenn und weil (noch) **vertretbar** begründet. Es steht allerdings in Konkurrenz mit anderen, ebenfalls „richtigen-weil-vertretbaren" Begründungen und deren Ergebnissen.

Ganz in diesem Sinn hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass in einer juristischen Prüfung eine vertretbare Antwort nicht als falsch bewertet werden darf.[21]

Und man kann als Prüfer unter eine Klausur oder als Rezensent zu einer gerichtlichen Entscheidung schreiben, sie sei „nur im Ergebnis richtig". Oder: Ein bestimm-

17 Vielleicht kann man auch sagen: Es wird die Unterscheidung „besser/schlechter" auf die schärfere Unterscheidung „vertretbar/nicht-vertretbar" zugespitzt.

18 Gemeint: Es ist keineswegs so, dass im Recht die „Wissenschaft" von der „Praxis" zu trennen ist und es folglich wahre „Wissenschaft" nur an den Universitäten gäbe. Auch die rechtlichen Berufe außerhalb des Elfenbeinturms arbeiten wissenschaftlich, und Jura-Professoren freuen sich immer sehr, wenn ihre Ideen dort aufgegriffen werden. Sarkastisch *Gunther Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989, S. 53: „Das BGH-Zitat – der große Triumph des deutschen Rechtsprofessors – (...)."

19 Es kann, wie gesagt, nur einer Recht haben. – Zu Ronald Dworkins *right answer thesis* § 5 II Rn. 72.

20 BVerfGE 154, 17 (96) – PSPP-Programm der EZB (2020).

21 BVerfGE 84, 34 – Juristische Staatsprüfung (1981).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tes Ergebnis (gleich ob richtig oder falsch) sei „mit dieser Begründung nicht vertretbar".

Kurz und gut (und hoffentlich nicht allzu missverständlich formuliert): Was rechtlich falsch ist[22], kann juristisch richtig sein, weil (noch) vertretbar; und was rechtlich richtig ist, kann juristisch falsch sein, weil („so") nicht vertretbar.

Ganz praktisch zeigen sich diese Unterscheidungen übrigens in zwei Vorschriften für die Revisionsinstanz (hier als Beispiel: Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht): 12

§ 561 ZPO [Zivilprozessordnung] Ergibt die *Begründung* des Berufungsurteils zwar eine Rechtsverletzung [= sie ist nicht vertretbar], stellt die *Entscheidung* selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar [= im Ergebnis], so ist die Revision zurückzuweisen.

§ 144 Abs. 4 VwGO [Verwaltungsgerichtsordnung] Ergeben die Entscheidungs*gründe* zwar eine Verletzung des bestehenden Rechts [= sie sind nicht vertretbar], stellt sich die *Entscheidung* selbst aber aus anderen Gründen als richtig dar [= im Ergebnis], so ist die Revision zurückzuweisen.

Denn „Rechtsverletzung" wird wie folgt definiert:

§ 546 ZPO Das Recht ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig [weil nicht-mehr-vertretbar begründet, J.L.] angewendet worden ist.

3. Die Janusköpfigkeit (das Doppelgesicht) der Vertretbarkeit

Gerade durch diese Fähigkeit der „Vertretbarkeit", wie der römische Gott Janus[23] gleichsam in beide Richtungen zu schauen, wird nun deutlich: Vertretbarkeit ist die Kategorie, die eine **Begründung** in ein **Ergebnis** umwandeln kann – und auch umgekehrt (§ 29). Diese Umwandlung oder auch Übersetzung kann **mehr oder weniger** gut „**gelingen**" – je nachdem, welche Meinung (Theorie, Begründung) und welches Ergebnis (Rechtsfolge und Realfolge, § 26) man „**vertritt**". Wir werden uns daher mit der Frage, was Gelungenheit „ist" – was also ihr Mehr oder Weniger ausmacht – noch näher beschäftigen. Zuvor wollen wir die begrifflichen Zusammenhänge jedoch, gefolgt von einem Caveat[24] (Vorbehalt), noch einmal zusammenfassen: 13

Die Entscheidung aus Sicht des **Rechts**: 14

		Begründung	
Ergebnis		Vertretbar	nicht-vertretbar
richtig		***gelungen***	misslungen
falsch	vertretbar	***gelungen***	misslungen
	nicht-vertretbar	./.	2 x misslungen

22 Genauer: Was man für rechtlich falsch hält.

23 Er hat anstelle eines Hinterkopfes ein zweites Gesicht. Als Gott des Ausgangs und Eingangs – wenn man so will: des Übergangs – hat er dem Januar den Namen gegeben.

24 Latein: „Man möge sich in Acht nehmen", kurz: „Vorsicht!". Bekannt ist die Warnung *cave canem* – Warnung vor dem Hund.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lehrsatz 1: Was rechtlich falsch ist, kann (noch) vertretbar sein; und was im Ergebnis richtig ist, kann dennoch „so nicht-vertretbar" begründet sein (vgl. §§ 561 ZPO, 144 Abs. 4 VwGO).
Lehrsatz 2: Ein Ergebnis, für das es keine vertretbare Begründung gibt, ist „nicht-vertretbar falsch".

15 Die Entscheidung aus Sicht der **Jurisprudenz**:

		Begründung	
Ergebnis		vertretbar	nicht-vertretbar
richtig	vertretbar	***gelungen***	misslungen
	nicht-vertretbar	**./.**	misslungen
falsch		**./.**	2 x misslungen

Lehrsatz 3: Alle vertretbaren Ergebnisse, aber auch nur die, sind „juristisch richtig".
Lehrsatz 4: Ein juristisch richtiges Ergebnis (= es ließe sich vertretbar begründen) kann dennoch „mit dieser Begründung nicht vertretbar" sein.[25]
Lehrsatz 5: Was sich überhaupt nicht vertretbar begründen lässt, ist auch juristisch immer falsch.

* * *

16 Nun das Caveat (der Vorbehalt): Die beiden Schemata sind nicht mehr als ein Versuch,[26] um klar[27] zu machen, worüber wir reden, wenn wir von einem rechtlichen oder juristischen „Gelingen" sprechen. Sie sind nicht mehr als Annäherungen an die beiden Begriffe „Vertretbarkeit" und „Gelungenheit", sie umschreiben ihren Gebrauch in der Sprache.[28] Nichtsdestoweniger bleibt, eben weil es Begriffe der Ästhetik sind, ein gewisses *je ne sais quoi*.

Ich würde es daher nicht rügen, wenn jemand auch die Entscheidung als Ganze als „vertretbar" oder „nicht vertretbar" bezeichnet – das wäre ein Streit um Worte. Ich würde allerdings nachfragen, in welcher Hinsicht „nicht vertretbar": Ergebnis oder Begründung oder beides? Das Gleiche gilt für die „Richtigkeit".[29]

4. Vertretbarkeit: eine Definition

17 Dennoch dürfen wir die Frage, was Vertretbarkeit „ist", nicht völlig unbeantwortet lassen. Immerhin handelt es sich um eine Kategorie, die in juristischen Diskursen allgegenwärtig ist. Zudem ist die Antwort leicht (aber tief):

Vertretbar ist das, was sich mit der juristischen Methode **ohne Scham** begründen lässt. (Natürlich funktioniert diese Definition nur bei den guten Ironikern und Pathetikern, siehe § 30 II; die schlechten haben keine Scham.)

---

25 Anders gewendet: Mit einer nicht-vertretbaren Begründung ist auch ein juristisch richtiges (weil vertretbares) Ergebnis nicht vertretbar.

26 Ein erster Anlauf: *Lege* (Fn. 2), S. 587 f.

27 Zur Klarheit als dem Potential von Begriffen siehe § 5 I.

28 *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (Fn. 13), Nr. 43: „Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache."

29 Gibt es nur die eine (rechtlich, als regulative Idee)? Oder mehrere (juristisch)? Oder gar keine (wenn man beides verwechselt)?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass mit der Scham etwas Subjektives[30] in die Vertretbarkeit hineinkommt, darf, weil es um ästhetische Kategorien geht,[31] nicht überraschen. (Die gängigen Methodenlehren würden dies Subjektive wohl als „Wertung" bezeichnen.)

Und um es klar zu sagen: Viele deutsche Juristen und Rechtswissenschaftler haben zur Zeit des Nationalsozialismus ganz bewusst und gewollt jede methodische Scham hinter sich gelassen.[32]

Zur Klarstellung sei im Übrigen wiederholt, dass die Einteilung in gute und schlechte Ironiker und Pathetiker nicht identitätspolitisch gemeint ist, sondern im Sinn einer Gaußschen Normalverteilung (§ 30 Rn. 27), auch in uns selbst.[33]

Wie weit dieses Feld der juristischen Methode ist (und folglich die Grenzen der Scham[34]), haben wir im Dritten Teil zur Genüge gesehen. Wir haben das Feld aber auch abgesteckt: Die Methode hat Grenzen, und was sich außerhalb dieser Methode befindet – außerhalb ihrer Logik, Logik und Logik – ist eben nicht mehr juristisch. Diesem Befund können wir nun im Hinblick auf die Frage rechtlicher Richtigkeit – das ist ja das Thema dieses Vierten Teils – hinzufügen: 18

Die Kategorie „Vertretbarkeit" ermöglicht im Diskurs um rechtliche Richtigkeit argumentative **Diversität**,[35] und sie steckt zugleich den **äußersten Rahmen** ab (den Rahmen dessen, was als rechtliches Argument akzeptabel ist).

5. Gelungenheit und Misslungenheit

Eben deshalb reicht sie allein aber auch nicht aus. Vielmehr bedarf es einer weiteren und – im wahrsten Sinn des Wortes – entscheidenden Kategorie: ich nenne sie die juristische Gelungenheit (und bin mir der Sperrigkeit des Wortes bewusst). 19

Diese Gelungenheit bezieht sich auf die rechtliche **Entscheidung** als ein Ganzes, das heißt, auf die **Einheit von Ergebnis und Begründung**. Eine Entscheidung ist demgemäß **gelungen**, wenn ihr Ergebnis nicht nur – nach Ansicht dessen, der sie beurteilt – „rechtlich richtig" ist, sondern auch zumindest „vertretbar" begründet. Sie ist aber auch dann noch **gelungen**, wenn sie nach Ansicht dessen, der sie beurteilt, zwar „rechtlich

30 Aber nicht Nur-Subjektives! Ich denke an das sogenannte „Fremdschämen": Man schämt sich für den, der sich eigentlich schämen sollte. Eine Unterform bezeichnet offenbar das Jugendwort des Jahres 2021 *cringe*: Es bezeichnet ein Verhalten älterer Menschen, für das diese sich schämen sollten.

31 Siehe § 31 Rn. 72–75.

32 So in der Sache auch *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 3), S. 677: „Juristen wie C. Schmitt, K. Larenz, E. Forsthoff und Th. Maunz war der damit verbundene Bruch mit dem zuvor geltenden Rechts- *und* Methodenbegriff nicht nur bewusst; er war auch gewollt."

33 Dass in unserer Seele verschiedene Teile oder Kräfte wirken, darunter als Krönung die Gerechtigkeit (!), die, reichlich ästhetisch, unter den anderen Kräften *Harmonie* herstellt – das ist eine alte Erkenntnis, siehe etwa *Platon*, Politeia, Buch IV 11 bis 19; dazu *Joachim Lege*, „Politeía", 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 85–96.

34 Weiter oben haben wir gesagt: des guten Gewissens (Rn. 9).

35 Interessant die Beobachtung von *Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel Vahid Towfigh*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Baden-Baden 2021: Die deutsche Juristenschaft sei ganz besonders homogen: männlich, weiß, nicht offen politisch, stark notenorientiert etc. Das ist sicher richtig. Es ändert aber nichts daran, dass ihre *Methode*, eben weil sie auch andere Ansichten als juristisch richtig *gelten* lässt, offen für Diversität statt für Totalitarismus ist.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

falsch" ist, aber dennoch „vertretbar" begründet (siehe nochmals die beiden Graphiken unter 3).

Demgegenüber ist eine Entscheidung **misslungen**, wenn nach Ansicht dessen, der sie beurteilt, nur ihr Ergebnis „rechtlich richtig" ist, nicht aber die Begründung „vertretbar". Und sie ist gleichsam doppelt **misslungen**, wenn das Ergebnis – nach Ansicht dessen, der sie beurteilt – nicht nur „rechtlich falsch" ist, sondern auch „nicht-vertretbar" begründet.

III. Gelungenheit und die „bessere Entscheidung"

20 Die Kategorie „Gelungenheit" vereint in sich somit das Beste aus „Richtigkeit" und „Vertretbarkeit": Sie bezeichnet ein endgültiges Urteil (*causa finita*[36]– so wie „Richtigkeit"), lässt aber auch Raum für Mehr oder Weniger, Besser oder Schlechter (so wie „Vertretbarkeit"). Dies unterstreicht ihren Charakter als ästhetische Kategorie: Auch ein Kunstwerk ist weder „richtig" (im herkömmlichen Sinn von beweisbar richtig) noch „vertretbar" – es ist gelungen oder misslungen. Und dies mehr oder weniger als andere Kunstwerke.

1. Der Wettbewerb (contest) zweier Artefakte (Syllogismen, VJS)

21 Der Vergleich mit dem Kunstwerk führt in einem nächsten Schritt unmittelbar dorthin, wo es pragmatisch um das Recht geht: um die Entscheidung zwischen zwei – aber auch nur zwei! – Falllösungen. Diese Falllösungen werden nämlich gestützt auf zwei logische Konstruktionen, die eine Art von Kunstwerk sind: ein *Artefakt*, wörtlich: etwas, das mit Hilfe von Kunst (*ars*, Ablativ *arte*) hergestellt wurde (*facere* = machen, herstellen; daher auch der Fakt). Diese beiden Artefakte treten nun wie in einem *beauty contest* vor einer Jury gegeneinander an[37] – es wird also spannend.

Kommen wir zur Illustration noch einmal auf den Fall zurück, mit dem wir unseren Gang durch die NJML begonnen hatten (§ 3), den Gashahn-Fall:

> In den frühen 1950er Jahren veruntreute der städtische Vollzugsbeamte A etwa 400 DM, das war damals viel Geld. Als er deshalb entlassen werden sollte, versuchte er, nicht nur sich selbst zu töten, sondern auch seine Frau F und seine Tochter T, und zwar gerade, weil er sie sehr liebte: Er wollte ihnen Entehrung und Not ersparen. Also öffnete A den Gashahn, als F und T schliefen. A wurde gerettet, F und T erstickten.[38]

---

36 Anspielung auf den Satz *Roma locuta causa finita* – Rom hat gesprochen, die Sache ist beendet. Er bezieht sich auf die Letztentscheidungskompetenz des Papstes in der katholischen Kirche.

37 Ausführliche Gegenüberstellung zweier Gutachten zu der Rechtsfrage, ob man an einem Pferd (gutgläubig) Eigentum „durch Verarbeitung" erwirbt (§ 950 BGB), wenn man es für die Hohe Schule des Dressurreitens ausgebildet hat: *Wolfgang Gast*, Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion, 2. Aufl., Heidelberg 1992, Rn. 157–159 (am Ende heißt es jeweils ausdrücklich, die Subsumtion müsse „schließlich gelingen" bzw. „misslingen"). In der 5. Aufl., Heidelberg 2015, Rn. 683–686, fehlt diese Formulierung; bemerkenswert stattdessen: Gast orientiert sich wie *von Schlieffen* (§ 32 Fn. 22) an der Trias von Logos, Pathos und (am wenigsten) Ethos. – Mehr zu § 950 BGB siehe § 19 Rn. 46 und 54.

38 BGHSt (GS) 9, 385 – Gashahn-Fall (1956) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [Großer Senat] Band, Seite).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In diesem Fall gab es, wie wir im Einzelnen näher erläutert hatten, am Ende zwei Artefakte, die sich gegenseitig ausschlossen: 22

Syllogismus 1:

Mord ist Tötung mittels Heimtücke,
A hat die F und die T heimtückisch getötet,
also ist A wegen Mordes zu bestrafen.

Syllogismus 2:

Mord ist Tötung mittels Heimtücke,
A hat *nicht* heimtückisch gehandelt,
also ist A *nicht* wegen Mordes (sondern nur wegen Totschlags) zu bestrafen.

Welches dieser beiden Artefakte ist nun das gelungenere?

2. Der Zusammenklang von Ergebnis und Begründung („Wertung“)

Nun, das hängt offensichtlich von der Begründung ab, genauer: vom Zusammenklang der Begründung **und** des Ergebnisses (Rechtsfolge und Realfolgen, § 26). Insofern lassen sich die beiden Syllogismen beispielsweise wie folgt zu Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS, § 8) ergänzen – und ich will die emotionale Tönung, die dabei auch eine Rolle spielt (§ 24 Rn. 22, 23) ganz bewusst nicht verschweigen. Was **klingt** demnach, als Ganzes, gelungener: 23

Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) 1?

Mord ist Tötung mittels Heimtücke.
Heimtücke ist DAS AUSNUTZEN VON ARG- UND WEHRLOSIGKEIT.
A hat die F und die T heimtückisch getötet –
– sie schliefen doch!
Also ist A wegen Mordes zu bestrafen – UND ZWAR ZU „LEBENSLÄNGLICH“.
– Liebe hin, Liebe her!

Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) 2?

Mord ist Tötung mittels Heimtücke.
Heimtücke ist • DAS AUSNUTZEN VON ARG- UND WEHRLOSIGKEIT
• IN FEINDLICHER WILLENSRICHTUNG
A hat nicht heimtückisch gehandelt –
– er liebte sie doch!
Also ist A nur wegen Totschlags zu bestrafen – DAHER NICHT „LEBENSLÄNGLICH“.
– er ist doch schon gestraft genug!

Nochmals: Was ist gelungener? Eine intuitiv-ausweichende Antwort scheint auf der Hand zu liegen: Das ist letztlich eine Frage der „Wertung“. Aber was ist mit dieser Antwort gewonnen? Nichts. 24

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Etwas besser ist es schon, wenn man sagt (so der Larenz-Schüler Detlev Leenen[39]): „Stimmen" müssen sowohl die *Wertung* als auch die *Konstruktion*. Das liegt nicht weit entfernt vom „Zusammenklang von Ergebnis und Begründung".

3. Angemessenheit nach angemessenen Kriterien

25 Weiter führt eine zweite Definition oder besser Umschreibung des Begriffs „Gelungenheit" mit der Formel: Angemessenheit nach angemessenen Kriterien (§ 31 Rn. 100–101). Sie bezieht sich darauf, dass in einem Vollständigen juristischen Syllogismus (VJS, § 8), wie wir vielfach gezeigt haben, die „Regel", der „Fall" und das „Ergebnis" aufeinander bezogen sind.

In den Termini der herrschenden Methodenlehren: Aufeinander bezogen sind die „Auslegung/Interpretation/Rechtsfortbildung" (Gewinnung der Regel), die „Subsumtion" (Aufbereitung und Zuordnung des Falls) und die „Rechtsfolge" (Bejahung oder Verneinung des Ergebnisses).

Kurz: Alles, was wir im Dritten Teil dieser NJML behandelt haben.

26 Dann liegt auf der Hand: Im Rahmen der **Gelungenheit** betrifft die Frage nach den „angemessenen **Kriterien**" die Gewinnung der *Regel* – sei es, dass man die Regel ohne weiteres akzeptieren kann, sei es, dass man sie in Frage stellt, sei es, dass man sie neu erfindet.

Dies ist dann immer der Punkt, wo Dogmatik spannend wird.

27 Die Frage nach der „Angemessenheit **gemäß** diesen Kriterien" stellt sich sodann in zweierlei Hinsicht: erstens im Hinblick auf das Verhältnis von Regel und Fall („Subsumtion"), zweitens im Hinblick auf das Verhältnis von Regel und Rechtsfolge.

Am Beispiel der Sitzblockaden (§ 8): Was sträubt sich mehr – das Sprachgefühl, wenn ich „Gewalt" für den angemessenen (!) Begriff halten soll, um gemäß der Regel des § 240 StGB eine gewaltlose Aktion zu bestrafen? Oder mein Gerechtigkeits- und Rechtsgefühl, wenn ich diese Aktion im Ergebnis straflos lassen soll, nur weil der Alltagsbegriff[40] „Gewalt" mit dem Rechtsbegriff „Gewalt" nicht völlig übereinstimmt?

4. Expressivität: Der emotionale Gesamteindruck

28 Es dürfte aufgefallen sein: Wir haben soeben ganz nebenbei zwei emotionale Begriffe einfließen lassen: das Sprachgefühl, das sich sträuben kann, desgleichen das – bewusst so unscharf bezeichnete – Gerechtigkeits- und Rechtsgefühl. Sind wir damit nun plötzlich im Bereich des „Irrationalen" gelandet?

Oder, *even worse*, im Bereich einer höheren „Werterkenntnis"?

---

39 In einem Wortbeitrag auf dem Ersten Bielefelder Kolloquium zur Methodenlehre. Das Kolloquium ist dokumentiert in dem Band *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, Tübingen 2019.

40 Zu Alltagssprache, Rechtssprache und sonstigen Fachsprachen § 24 Rn. 16–23. Allerdings wird der Begriff Gewalt in manchen Sinnzusammenhängen auch in einem weiten Sinn verstanden, etwa in der Wendung „strukturelle Gewalt"

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nein, wir sind immer noch im Bereich der Ästhetik – und zudem im Bereich der Logik, genauer: an der Grenze zur Logik. Denn wir erinnern uns: „Wertungen“ sind zwar etwas Emotionales. Sie sind dann aber auch, in normativen Aussagen, die ersten Prädikate: „Das ist ein dicker Hund!“[41] Diese ersten Prädikate sickern nun, zunächst unbewusst, in den Prozess des bewussten Schlussfolgerns ein (§ 5 Rn. 31–39) – via Abduktion, Induktion und Deduktion (§ 6). In diesem Prozess des Schlussfolgerns werden sie mehr oder weniger bewusst aufeinander abgestimmt (dass dies Mühe macht, werden wir in §§ 35–36 genauer sehen) – so lange, bis uns eine der vielen möglichen Schlussfolgerungen – in unserem Fall: einer der vielen Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS) – so sehr überzeugt hat, dass kein *reasonable doubt* übrig bleibt. (Dass man sich rein theoretisch[42] immer noch irren kann, müssen wir im wahrsten Sinn des Wortes ausblenden.) Wie aber *gelingt* dies?

29 Wir haben vorhin im Rahmen der Ästhetik (§ 31 Rn. 98–99) als dritten Aspekt der Gelungenheit herausgestellt, was **ästhetische Güte** ist – oder sagen wir besser: ästhetische Qualität (Qualität im Sinn von „Art und Maß“[43]: *ob* etwas Kunst ist und *wie gut oder schlecht* es als Kunst ist): **Expressivität**. Es ist der *Ausdruck*, den wir einem Kunstwerk oder einer Landschaft oder auch einem Gedankengang („wirr“, „geordnet“, „überzeugend“) zuschreiben.

30 Der ästhetische Witz besteht dann freilich darin, dass es diesen „Ausdruck“ objektiv in der Außenwelt gar nicht gibt. Er ist eigentlich nur der Spiegel dessen, was das Objekt als *Eindruck* (*Impression*) bei uns hervorruft: etwa Abscheu, Schaudern und Empörung[44]; oder interesseloses Wohlgefallen (§ 31 Rn. 35). Aber ohne jenes Objekt gäbe es diesen subjektiven Eindruck nicht, so dass es wohl am Objekt liegen muss, dass es auf uns Eindruck macht – eben durch seine Expressivität. Dieser Mensch dort „ist“ einfach schön (oder hässlich).

Dass die Ästhetik geradezu das Management von Reflexionsbegriffen (innen/außen, Subjekt/Objekt, Form/Inhalt) beschreibt und bewertet (§ 31 Rn. 67–69), sei kurz in Erinnerung gerufen.

31 Für die Beurteilung der beiden juristischen Artefakte, die bei jeder Falllösung miteinander im Wettbewerb stehen, bedeutet dies nun: Entscheidend – im wahrsten Sinn des Wortes „entscheidend“ – ist letztlich der **Gesamt-Eindruck**, den beide in unserer abschließenden Wahrnehmung (*aísthēsis*) des Ganzen hinterlassen. Dass wir dabei aus unserer Haut nicht herauskommen (§ 24a Rn. 51–52) und letztlich selbst, als Jurist oder

41 Zur Dicker-Hund-Theorie schon § 15a Rn. 72, § 18 Rn. 34–38.

42 Zum sogenannten Beweismaß § 24a Rn. 40–42.

43 „Art und Maß“ sind übrigens zentrale Kategorien im Bauplanungsrecht. Für den unbeplanten Innenbereich von Ortschaften lautet § 34 BauGB (Baugesetzbuch): „Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ist ein Vorhaben zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt.“ – Zum Gebot der Rücksichtnahme § 17 Rn. 16 ff. (33–36).

44 *Joachim Lege*, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478. Oder man denke schlicht an die Sinnes-Eindrücke, denen wir mit dem Prädikat „ist rot“ Ausdruck verleihen.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Juristin in Person, Stellung beziehen müssen,[45] macht die Sache nicht leichter. Aber mehr an letztem Halt haben wir einfach nicht: „Hier stehe ich, ich kann nicht anders."[46]

Im Übrigen gilt, wie schon erwähnt: Je interessanter der Fall (oder auch die dogmatische Theoriefrage), desto gleichwertiger die möglichen Lösungen.

5. Die Orientierung am Präjudiz („Schimmel") und die Wirkung als Präjudiz („alt und neu")

32 Wir stehen aber auch „immer schon" in bestimmten Kontexten – genauer: in Sinnzusammenhängen (§ 5 Rn. 40–59), und zwar in den allermeisten Situationen des realen Lebens in mehreren. Soziologisch würde man dies wohl als mehrere „Rollen" bezeichnen, die man spielt[47] (dass dies eine Theatermetapher ist, dürfte kein Zufall sein). Und in all diesen Rollen gibt es eine Geschichte – mit Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.

Für die Jurisprudenz dürfte nun auf der Hand liegen, wie sehr die Orientierung im Sinnzusammenhang „Recht" für diejenigen, die ihn professionell mitgestalten, letztlich nur ästhetisch gelingen kann: Wie in der Kunst (§ 31 Rn. 97) orientieren wir uns am Vorbild, am Muster, am Standard, am Präjudiz – nicht zuletzt der Gleichheitssatz verpflichtet uns dazu. Es gibt daher, streng genommen, keine „Rechtsanwendung", keine *Anwendung* einer technischen Vorgabe, die sich, wie bei einer Waschmaschine, nicht ändern lässt. Vielmehr ist jede „Anwendung" von Regeln der Kunst und Regeln des Rechts zugleich *Gestaltung* dieser Regeln[48] – sei es ihre Bestätigung, ihre Änderung oder ihre erstmalige Kreation.

33 Von Ronald Dworkin stammt die Metapher der *chain novel*: Das Recht ist ein Roman, der von vielen aufeinanderfolgenden Autoren geschrieben wird.[49] Jeder kann sich nicht über die Vorgeschichte hinwegsetzen, jeder hat im Auge, wie es nach ihm weitergehen sollte.

In ähnlicher Weise kann man mit Jan Schapp die Gesetzesauslegung als Fortschreibung einer „Fallreihe" begreifen.[50] Mehr noch: Schon die erstmalige Gesetzgebung ist nicht mehr als die vorausschauende Regelung einer Fallreihe.

Und noch ein Blick in den Maschinenraum des Rechts: In Gerichten und Behörden hat man jedenfalls in früheren Zeiten besonders gelungene eigene Entscheidungen

45 *Alexander Hollerbach*, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc. 1996, S. 42–55; wieder abgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 (66, Hervorhebung J.L.): „Damit wird Gerechtigkeit als eine Aufgabe qualifiziert, als normative Anforderung an menschliches Erkennen und Handeln. Sie kommt nicht automatisch zustande, sondern es bedarf immerzu des engagierten Einsatzes. (…) Es wird also nicht nur an unseren ‚guten Willen', die ‚gute Meinung' und Gesinnung appelliert, sondern praktische Verwirklichung gefordert, **für die man einstehen muss**."

46 Zu diesem Luther-Zitat bereits § 5 II Rn. 39.

47 Bei *Manfred Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, einer der zentralen Begriffe.

48 Ein zentrales Anliegen schon bei *Lege*, Pragmatismus (Fn. 2), Kapitel 10 (es ist das letzte): Juristische Erkenntnis als *Gestaltung*.

49 *Ronald Dworkin*, Law's Empire, London 1986, S. 228 ff.

50 *Jan Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 9–11 und durchgehend.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als „Schimmel“ gesammelt (von lateinisch *simile* = ähnlich), um sich in künftigen Entscheidungen an ihnen zu orientieren: aus Gründen der Gerechtigkeit und der Arbeitsersparnis.

Vielleicht ist dies überhaupt ein wichtiger Aspekt: Gerechtigkeit spart Arbeit.

Der Blick auf die „Schimmel“ macht zugleich deutlich, dass jede rechtliche Entscheidung auch in die Zukunft weist, ästhetisch formuliert: Sie ist selbst ein Zeichen, das mehr oder weniger Expressivität hat und mehr oder weniger gelungen ist. (Sie zeigt natürlich auch auf denjenigen, der sie verfasst hat![51]) 34

Vor diesem Hintergrund sollte man vielleicht überlegen, ob „die Gesellschaft“ von ihrem Rechtssystem wirklich die billig produzierte Massenware geliefert bekommen sollte, die sie gegenwärtig konsumiert; oder doch besser aufwendige Maßarbeit. Es könnte durchaus sein, dass methodisch saubere Maßarbeit letztlich ökonomischer ist: Sie führt zu weniger Missverständnissen und Konflikten und „hält länger“.

Man denke auch an Luhmann: Zeit lässt sich sparen durch Beschleunigung der *Prozesse* oder durch Verbesserung der *Strukturen*.[52]

Ein Paradebeispiel für rechtliche Wegwerfware (und geradezu eine Realsatire) war das sogenannte „Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz“. Es sollte dazu dienen, den Rechtsschutz gegen Planungsentscheidungen im Bereich der Infrastruktur (Eisenbahn, Wasserstraßen) zu verkürzen – indem die (Letzt-) Entscheidung nicht mehr von der eigentlich zuständigen Verwaltungsbehörde getroffen wurde, sondern vom Gesetzgeber[53] (gegen Gesetze gibt es keinen „fachgerichtlichen“ Rechtsschutz, es bleibt nur das Bundesverfassungsgericht). Nicht zuletzt wegen rechtsstaatlicher Bedenken „aus Europa“ wurde das Gesetz mittlerweile still und leise aufgehoben.[54]

Wie auch immer: Das ästhetische Problem „alt oder neu – was ist *richtig*?“ (§ 31 Rn. 76–79) war und ist „immer schon“ vielleicht das Hauptproblem der Jurisprudenz. 35

6. Stimmigkeit: Dogmatik und die sonstigen Bereiche der Wirklichkeit

Wie wir gesehen haben, ist Ästhetik also auch im Bereich der Jurisprudenz ein Management von Reflexionsbegriffen (Polaritäten): konservativ und innovativ, subjektiv und 36

51 Eben deshalb verstecken sich Juristen gern hinter einem unpersönlichen Stil.

52 *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 388 f.

53 Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich – Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz (MgvG) – vom 22. März 2020 (Bundesgesetzblatt I S. 640–643); in Kraft getreten übrigens am 1. April. Dazu auch *Joachim Lege*, Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz. Epitaph auf eine Realsatire, in: Juristenzeitung (JZ) 2025, S. 149–150.

54 Aufgehoben durch Artikel 13 (!) des Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes vom 22.12.2023 (Bundesgesetzblatt I Nr. 409 S. 37). – Größte Satire: Als ein Projekt von gesamtdeutscher Großbedeutung kam im Vermittlungsausschuss zu den bereits vorhandenen 12 Projekten als Nr. 6a ein dreizehntes hinzu: der „Ausbau der Eisenbahnstrecke von Niebüll über Klanxbüll nach Westerland“. Zweck: Erhaltung der „nationale[n] Urlaubsdestination“ Sylt (Bundestag, Drucksache 19/16907 vom 29.01.2020, S. 23).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

objektiv, (syllogistische) Form und (semantischer) Inhalt der zusammengelesenen[55] Begriffe und Aussagen. Insofern können wir nun hinzufügen: Die Entscheidungen, die wir als Juristen zu treffen haben, vermitteln zwischen einer Innenwelt des Rechts, die man Dogmatik nennt, und den verschiedensten „Bereichen" der Außenwelt mit ihren jeweiligen Sinnzusammenhängen (§ 5 Rn. 40–59). Diese vielen „Wirklichkeiten"[56] stimmig miteinander zu verbinden, ist die wohl größte uns zugemutete „Kunst".

Es liegt mir sehr daran, dass man dem „Recht" nicht „die Wirklichkeit" entgegensetzen sollte – so wie man es mir einmal für einen Aufsatz vorgegeben hatte[57]. In Wahrheit ist das Recht selbst eine (Habermas sagt: Lebens-) Wirklichkeit oder, wenn man so will, einer von vielen Bereichen „der" Wirklichkeit.

37 Und das Dilemma für Juristen besteht häufig in der Frage: In *welcher* Wirklichkeit kann und soll die Entscheidung welche praktischen Konsequenzen haben? Es wäre naiv zu glauben, das Recht wäre „unpolitisch", „ökonomisch irrelevant" oder „gesellschaftspolitisch neutral" (man denke nur an die Rechtsprechung des BVerfG zur Gleichstellung nicht-heterosexueller Lebensformen). Nichtsdestoweniger sollten Juristen beim Versuch, „da draußen" etwas zu verändern, eher Zurückhaltung bewahren – weil sie sich nur in ihrer Welt „wirklich" auskennen (und auch nur für sie ein Mandat haben!). Die NJML empfiehlt daher: Wenn wir in *unserem* Bereich methodisch korrekt immer wieder neu eine stimmige Dogmatik entwickeln – was sehr aufwendig sein kann (siehe etwa §§ 17–20) –, dann haben wir unseren Teil im Wesentlichen getan.

Dass man uns dies immer schwerer macht, vor allem durch eine viel zu häufige Änderung von Gesetzen – darauf wird noch einmal zurückzukommen sein. Aber auch wir selbst sollten weniger pfuschen.

38 Und natürlich muss auch das, was die Entscheidung „da draußen" bewirkt, sei es im konkreten Fall und als Präjudiz, noch einigermaßen „stimmen".

7. Die Entscheidungssituation als Reduktion von Komplexität

39 Abschließend soll betont werden: Die Zuflucht zur Ästhetik als letztem Halt der Jurisprudenz und zur juristischen Gelungenheit als dessen letztem Kriterium ist – gerade wenn man sie von außen betrachtet – weniger „emotional" oder gar „irrational", als es auf den ersten Blick scheint. Dies liegt daran, dass in einem Recht, das diesen Namen verdient, ein Streit gleichsam auf den Punkt gebracht wird – und man eben deshalb vieles ausblendet, was „nicht zur Sache gehört". Luhmann würde dies nennen: Reduktion von Komplexität.

Genauer zum sogenannten *framing* von Entscheidungen unter § 35 Rn. 49.

40 Anders gewendet: Es geht im Recht immer – nur noch – um *eine* konkrete Handlungsalternative. Es geht *nur* darum, ob jemand einen Kaufpreis bezahlen muss *oder nicht*, ob er eine Baugenehmigung oder Aufenthaltserlaubnis bekommt *oder nicht*, ob er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird *oder nicht* – und insofern dann *entscheidend*: nach welcher **sachlich** zu begründenden *Regel*. Es geht nicht darum, ob die

55 Griechisch *syllégein* = zusammenlesen (von *syn* und *légein*).

56 Wie gesagt: *Eigentlich* gibt es nur eine einzige.

57 *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beteiligten gute Menschen sind, oder sagen wir es weniger polemisch: Es geht nicht um den *ganzen* Menschen – und genau das ist sehr human.

> Der Nationalsozialismus mit seinem „Täterstrafrecht" (statt Tatstrafrecht) hat es denn auch anders gesehen.[58]

Dass dennoch jede Menge Emotionen und „Wertungen" im Spiel sind, weiß jeder, 41
der selbst einmal einen Prozess geführt hat. Und jeder Richter weiß, dass in den interessanten Fällen die Emotionen *beider* Seiten nachvollziehbar sind. Natürlich bleibt es stets ein Problem, in welche der beiden Seiten sich der Richter besser einfühlen kann – man denke nochmals an den Türkenmord einerseits, die Tötung des Familientyrannen andererseits (§ 27 II). Eben deshalb aber darf beim Richter nicht „Emotion pur" herrschen.[59] Entscheidend muss vielmehr das letztlich ästhetische Urteil sein: Die Entscheidungsalternative A ist vom Gesamt-Eindruck her **gelungener** als die Alternative B.

IV. Resümee: Vier Kernaussagen

Versuchen wir einmal – Stichwort Reduktion von Komplexität –, die vorangegangenen 42
Überlegungen in vier Kernaussagen zusammenzufassen! Ich schlage vor:

(1) Bei einer rechtlichen Entscheidung – wie bei jeder überlegten **Entscheidung** – kommen zwei Seiten zusammen (Janus!): das Ergebnis und die Begründung der Entscheidung. Das ist einigermaßen trivial.

(2) Weniger trivial ist: Bei der Begründung gibt es ein „besser und schlechter", beim Ergebnis gibt es nur ein „richtig oder falsch". Mit anderen Worten: Die **Kriterien** der Begründung bilden eine analoge Skala, das Kriterium des Ergebnisses ist ein digitales „ja oder nein".

(3) Im Recht und in der Rechtswissenschaft ist es die Kategorie der **Vertretbarkeit**, die zwischen Begründung und Ergebnis, zwischen analogen und digitalen Kriterien vermittelt. Sie lässt die bessere Begründung in das richtige Ergebnis umschlagen.

(4) Allerdings ist dies keine Einbahnstraße. Manchmal muss man auch vom Ergebnis her eine auf den ersten Blick bessere Begründung als die nur zweitbeste erkennen. Letztlich ist daher der Zusammenklang von Ergebnis und Begründung das, was die **Gelungenheit** – oder Misslungenheit – einer rechtlichen Entscheidung ausmacht.

58 Siehe jüngst *Uwe Murmann*, Strafrecht im Nationalsozialismus, in: Juristische Schulung (JuS) 2024, 97 (100, 110).

59 Für die Nachwelt: „Emotion pur" ist etwas, das in der Gesellschaft zur Zeit sehr geschätzt wird – und es ist vor allem eine Kategorie der Unterhaltungsindustrie (den Sport eingeschlossen).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit

1 Wenn wir uns darüber einig sind, dass „Gelungenheit" letztlich ein ästhetischer Begriff ist, das heißt: dass er definitionsgemäß nicht definiert werden kann (*je ne sais quoi*, § 31 Rn. 30)[1] – zumal zur Ästhetik auch Regelverstöße gehören – …

> An dieser Stelle will ich dann doch eine der sechs Lebensmaximen von Arnold Schwarzenegger zitieren, es ist die zweite: *Break some rules (but not the law)*.[2]

… wenn wir uns darüber einig sind, können wir nun darangehen, uns die **Kriterien** ästhetischer Urteile – an deren Ende das Prädikat „gelungen" oder „misslungen" stehen soll – bewusst zu machen. Dass es dabei keine einzig wahre Methode gibt, keine *certa methodus* („methodus" ist Femininum), sondern mehrere Wege der Annäherung,[3] liegt ebenfalls an der Ästhetik.

2 Im Folgenden wollen wir – auch dies ist „echt ästhetisch" (§ 31 Rn. 73) – gleichsam eine Innen- und eine Außenbetrachtung der Gelungenheit vornehmen. In einem ersten Schritt geht es um Checklisten, die das fertige Produkt – in diesem Fall: gerichtliche Entscheidungen – wie in einem *contest* gleichsam „von außen" bewerten (I). In einem zweiten Schritt sollen dann eher von innen, also für den Produktionsprozess, die „Regeln der Kunst" skizziert werden, die zu mehr oder weniger Gelungenheit führen (II-V).

> Dass diese Regeln manchmal um der Gelungenheit willen gebrochen werden müssen, ist – siehe Schwarzenegger – nicht ausgeschlossen.

---

1 Deshalb kann man den Wert „Schönheit" nicht statistisch messen.

2 Gesehen im Jahr 2019 im Arnold-Schwarzenegger-Museum in Thal bei Graz.

3 Sehr bedenkenswert *Anusheh Rafi*, Kriterien für ein gutes Urteil, Berlin 2004, der neun Kriterien nennt, an denen sich die Entscheidung (um die man nicht herumkommt) orientieren kann (S. 79–148). Es sind dies die Bindung an den Wortlaut, an Folgeerwägungen, an Dogmatik (was immer das sein mag), an gesellschaftliche Moralvorstellungen (in aller Regel gerade nicht), an Zeit (lange Verfahren machen Niederlagen erträglicher), an die Erzählungen der Parteien (vgl. unten Rn. 64), an die gesellschaftliche Praxis, an Logik (Widerspruchsfreiheit), an Verständlichkeit. Und ein eigenes Kriterium ist sympathischerweise *nicht* (S. 147 f.): die Verfassung (zu deren Überanstrengung siehe § 14 Rn. 65, § 15a Rn. 84, § 23 Rn. 8).

Und natürlich *Uwe Kischel*, Die Begründung, Tübingen 2003, 8. Kapitel: Begründungsklarheit, Begründungswahrheit, Begründungsrechtzeitigkeit, Begründungsvollständigkeit. Bei der Begründungswahrheit kommt es übrigens – sehr ästhetisch gedacht (§ 31 Rn. 48 f.) – zuvörderst auf die Begründungsauthentizität an: Es muss klar sein, dass die Begründung des autoritativen Textes „tatsächlich vom Entscheidungsträger ausgeht" (S. 359). Und dieser sollte sie hernach, um dies hinzuzufügen, nicht ein weiteres Mal – unauthentisch – „für die Praxis" kommentieren (siehe § 14 Rn. 79, § 24b Rn. 12, § 28 Fn. 18).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Gelungenheit: Checklisten

Was die „Checklisten" zur Beurteilung rechtlicher und juristischer Gelungenheit angeht, so kann man sich an den schon erwähnten Pionierarbeiten der österreichischen Kollegen orientieren (§ 33 Rn. 4). 3

Auf die Vorteile von Checklisten werden wir in § 35 Rn. 64 zurückkommen.

1. Checkliste 1: Der österreichische Verfassungsgerichtshof

Eine erste Liste war auf die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VerfGH) gemünzt, und sie ist zum Beispiel von Christoph Bezemek in seinem Beitrag minutiös abgearbeitet worden.[4] Die Kriterien betrafen: 4

- die Entscheidung selbst:
- richtig/falsch
- schön/hässlich
- klug/unklug [*was immer damit gemeint sein mag*]
- zukunftsgerichtet/rückwärtsgewandt
- methodisch korrekt/fragwürdig
- ihre Implikationen:
- Ergebnis (gesellschafts-)politisch relevant/irrelevant
- Judikaturlinie begründet/nuanciert/über den Haufen geworfen
- ihre Funktionsgerechtigkeit, nämlich:
- ob und wie der VerfGH seine Aufgaben wahrnimmt

Natürlich gab es dann eine ganze Fülle von Kombinationsmöglichkeiten, die man tabellarisch auflisten könnte. Man könnte zudem etwa festlegen, dass für jedes Kriterium Punkte von Minus zwei bis Plus zwei zu vergeben sind, und das Ganze am Ende zusammenzählen. Soweit ich sehe, ist derart konsequent niemand gewesen (zumal nur nach der *einen* gelungensten und misslungensten Entscheidung gefragt war).

2. Checkliste 2: Das deutsche Bundesverfassungsgericht

Was das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) angeht, so hat András Jakab aus den Rückmeldungen der deutschen Kolleginnen und Kollegen sozusagen induktiv die maßgeblichen Kriterien herauspräpariert[5] (in Klammern die Zahl der Nennungen ab sieben). Es sind dies: 5

a) „Handwerkliche" Kriterien
   - die Qualität der Begründung, die juristische Qualität
   - die methodische Korrektheit bzw. methodische Mängel (**16**)

4 *Christoph Bezemek*, Zu ebener Erde und erster Stock, in: ZÖR ([österreichische] Zeitschrift für Öffentliches Recht) 2021, 11–15. Die Rundfrage, zu deren Beantwortung *András Jakab* und *Sebastian Schmid* alle Habilitierten im Bereich des öffentlichen Rechts eingeladen hatten, lautete: „Welche halten Sie für die gelungenste und welche für die misslungenste Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs seit 1920?"

5 *András Jakab*, Rundfrage zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, in: ZÖR 2022, 467–484 (472–474).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- die (nicht) überzeugende Dogmatik bzw. die (fehlende) dogmatische Überzeugungskraft (**11**)
- Sein-Sollen-Fehlschluss innerhalb des Urteils
- Widersprüchlichkeiten in der Begründung, inkohärente Ausführung
- der klare Aufbau, schwache oder starke Begründungsstruktur (**7**)
- hervorragende thematische Aufarbeitung, das theoretisches Niveau
- formelle Merkmale, etwa die Kürze der Entscheidung oder die sprachliche Qualität
- Klarheit/Unklarheit bzw. die (Nicht-)Nachvollziehbarkeit
- Die Begründung hält sich an den Verfassungstext bzw. die Begründung widerspricht bestimmten Aspekten des Grundgesetzes

b) Kontextbezogene Kriterien
- der institutionelle Kontext bzw. die Rollenauffassung des BVerfG
  - Es agiert innovativ (**10**) und nimmt seine Funktion bei der Rechtsfortbildung/Verfassungsentwicklung wahr (**13**).
  - Es tariert das Verhältnis zu den Fachgerichten und zum Gesetzgeber aus.
  - Das Gericht zeigt staatsmännische Weitsicht, die Entscheidung zeichnet sich durch ihren Sinn für die politische Realität aus.
  - Das Gericht überschreitet seine Kompetenz bzw. schränkt seine eigene Kompetenz ein (**9**)
- der normative Kontext, insb. das Verhältnis zu moralischen Prinzipien, allgemeinen Verfassungsprinzipien bzw. Völkerrecht/Europarecht
  - Eine Entscheidung ist aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch; Rechtssicherheit wird hergestellt bzw. nicht hergestellt; Rechtsschutz wird garantiert (gestärkt) bzw. nicht garantiert (geschwächt); kein effektiver Schutz von Minderheiten.
  - Eine Entscheidung steht (nicht) in der Freiheitstradition des modernen Verfassungsstaates, sie legt den Grund für ein Menschenbild bzw. bricht mit diesem.
  - Eine Entscheidung entspricht (bzw. entspricht nicht) dem demokratischen Grundprinzip.
  - Es verhilft dem Völkerrecht zu einem Bedeutungszuwachs, es tariert das Verhältnis zum Völkerrecht/Europarecht (BVerfG/EGMR/EuGH) aus.

c) Wirkungsbezogene Kriterien
- Juristische Wirkung
  - Eine Entscheidung wird häufig zitiert.
  - Eine jahrzehntelange Rechtsprechungslinie wird begründet; eine Entscheidung stellt das Abgehen von einer Rechtsprechung dar.
  - Die Entscheidung ist trotz ihres Alters aktuell.
  - Die Entscheidung wirkt dauerhaft und umfassend auf die Rechtsetzung und auf die Rechtsanwendung.
- Politische bzw. gesellschaftliche Wirkung
  - Die Entscheidung bewirkt die Schwächung bzw. Stärkung der Demokratie
  - Die Entscheidung hat eine negative Signalwirkung bzw. ist Anstoß für eine negative gesellschaftliche Entwicklung.

d) Kombinationskriterien (Zusammenspiel von verschiedenen Kriterien):
- Sowohl die politischen und gesellschaftlichen Konsequenzen/Implikationen
- als auch die juristische Argumentation werden positiv/negativ bewertet (**21**).

3. Folgerung: method first – und Zuständigkeit

6 Ich denke, es liegt auf der Hand: Die Gelungenheit oder Misslungenheit einer Entscheidung wird zum ganz überwiegenden Teil danach beurteilt, ob sie **methodisch** in Ordnung ist – anders gewendet: ob sie „handwerklich gut gemacht" ist (Handwerk im

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sinn von *téchnē*, § 1 Rn. 4 und 33, § 2 Rn. 20, 36 und Fn. 84: Rhetorik als *téchnē*). Und ein offenes Bekenntnis zu einer Formel wie: „gelungen, weil politisch richtig, obwohl rechtlich und juristisch falsch“[6] hat es jedenfalls nicht gegeben.

> Das ist ein schönes Ergebnis, nicht zuletzt angesichts der Warnung der Veranstalter, eine derart offene Rundfrage werde nicht nur über die beurteilten Objekte, also die Entscheidungen von VerfGH und BVerfG, Aufschluss geben, sondern auch über die urteilenden Subjekte.[7] (Zu „Subjekt/Objekt“ in ästhetischer Sicht siehe § 31 Rn. 72–75).

Mit dieser Forderung nach methodischer Korrektheit hängt das zweite Hauptkriterium der Gelungenheit letztlich zusammen: die Frage danach, ob sich eine rechtliche Entscheidung im Rahmen ihrer Zuständigkeit (**Kompetenz**) hält oder diese überschreitet. Diese Frage stellt sich beim Bundesverfassungsgericht sicherlich besonders deutlich. Im Grunde ist es aber die methodische Folgerung einer jeden Bindung an das Recht (Art. 20 Abs. 2, Art. 97 Abs. 1 GG), mehr noch: einer jeden „Gewaltenteilung“. Mein Enkel wird von seinen ehrgeizigen Eltern überfordert – darf ich mich einmischen? 7

> Natürlich ist die enge Verbindung von Methode und Kompetenz (= rechtliches Entscheiden-Dürfen) eine verbreitete Erkenntnis.[8] Weniger bekannt dürfte sein, dass ausgerechnet Platon, dem so oft vorgeworfen wird, ein Vordenker des Totalitarismus zu sein – dass also ausgerechnet Platon geradezu die **Gerechtigkeit** (!) definiert als: Einhaltung der Kompetenzordnung! Originaltext: *tá hautóu prāttein kai mē polypragmoneín* – „das Seine tun und sich nicht in vieles einmischen.“[9]

4. Exkurs: Das anthropologische Kreuz der Entscheidung

Ein Schema ganz eigener Art zur Beurteilung von Entscheidungen hat vor einigen Jahren Winfried Brugger (1950–2010) vorgelegt[10] – er nennt es das „anthropologische[11] Kreuz der Entscheidung“. Dieses Kreuz ist allerdings bei genauer Betrachtung ein Koordinatensystem: mit einer **Zeitachse** von der Vergangenheit zur Zukunft und einer, 8

6 So in der Sache der damaligen Vizepräsident *Wolfgang Zeidler* in seinem Sondervotum zu BVerfGE 62, 1 (67) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]): „Aus den vom Bundeskanzler und den Parteien bekundeten [ergänze: rechtlichen] Argumenten durfte mithin eine Auflösung des Bundestages nicht erfolgen. Dem Bundespräsidenten standen als Grundlage seiner Entscheidung jedoch noch weitere und andersartige [nämlich politische] Gründe zur Seite (…).“

7 *Jakab*, Rundfrage, in: ZÖR 2022, 467–484 (468).

8 Für zu weitgehend halte ich aber die gelegentlich vertretene These, *alle* Methodenfragen seien Verfassungsfragen. Das leistet einer Überfrachtung des Verfassungsrechts weiteren Vorschub.

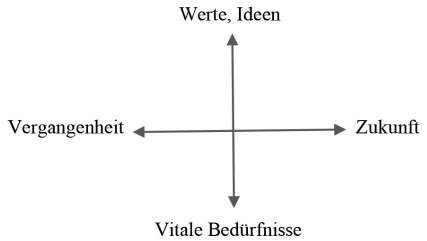
9 *Platon*, Politeía, Buch IV Kapitel 10, 433a (die letzte Angabe nennt die Seitenzahl und Randziffer der sogenannten Stephanus-Ausgabe von Platons Werken; nach ihr wird weltweit zitiert). Deutung aus auch juristischer und staatsphilosophischer Sicht: *Joachim Lege*, „Politeía“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 82.

10 *Winfried Brugger*, Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, Baden-Baden 2005. Das Werk ist in mehrere Sprachen übersetzt worden. Rezension: *Joachim Lege*, in: Juristenzeitung (JZ) 2006, 142.

11 Griechisch *ánthrōpos* = der Mensch, übrigens auch als Bezeichnung der Spezies. Ein Mann ist daher *hó ánthrōpos*, eine Frau ist, mit weiblichem Artikel, *hḗ ánthrōpos*.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenn man so will, **Sach-Achse** vom „Niedrigen" zum „Höheren". Anders gewendet: Eine jede Entscheidung bewegt sich in einem Kreuz von vier[12] Dimensionen:



Dies leuchtet, wie mir scheint, unmittelbar ein.

9 Der Nutzen dieses „Kreuzes" ist zunächst einmal deskriptiv: Mit seiner Hilfe hat Brugger (und haben auch andere im Anschluss an ihn[13]) eine ganze Fülle von Themen und Sachbereichen analysiert und geordnet, etwa Politikverständnisse oder auch die Schulen „der" Juristischen Methodenlehre[14] (die NJML dürfte ihren Schwerpunkt auf der Sachachse haben, und dass sie bis zur antiken Gerichtsrhetorik zurückgeht, sollte ihre Tauglichkeit für die Zukunft nicht beeinträchtigen).

10 Was den normativen Ertrag des Koordinatensystems angeht – also die Tauglichkeit für die Frage nach der Gelungenheit einer Entscheidung –, so ergibt sich nach Brugger in einem ersten Schritt: Eine Entscheidung ist nur dann „richtig" (rational, vernünftig), wenn sie alle vier Dimensionen bedenkt und würdigt. Sie ist „falsch" (irrational, ideologisch), wenn eine der Dimensionen alle anderen dominiert oder wenn eine von ihnen völlig vernachlässigt wird. Allerdings lässt sich die sozusagen „richtigste" oder beste Entscheidung aus den vier Dimensionen nicht deduzieren, auch nicht aus ihrem Zusammenspiel. Es ist daher kein Wunder, dass Brugger am Ende bei so etwas wie Ästhetik landet: Erzeugen die vier Dimensionen „Harmonie" oder doch eher „Spannungen"?[15]

Nebenbei: Im sogenannten Bauplanungsrecht spricht man seit jeher von „städtebaulichen" oder „bodenrechtlichen **Spannungen**", wenn in einem bestimmten Gebiet – genauer: im unbeplanten Innenbereich des § 34 BauGB – Grundstücke derart genutzt werden, dass die Nutzungen sich „nach Art oder Maß" gegenseitig beeinträchtigen.[16] Beispiele für „Art": Wohnnutzung versus Tennisplatz, Gewerbebetrieb versus

12 Luhmann unterscheidet übrigens bei allen Kommunikationen *drei* „Dimensionen": zeitlich, sachlich, sozial.

13 Siehe *Hans Joas/Matthias Jung* (Hrsg.), Über das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, Baden-Baden 2008; mein Beitrag darin: Eigentumsschutz im Kreuz der Entscheidung. Hilft Anthropologie einer komplizierten Dogmatik?, S. 167–187.

14 *Brugger* (Fn. 10), S. 130–140.

15 Mit unterschiedlichem Akzent z.B. *Brugger* (Fn. 10), S. 19 Fn. 33, S. 29, 40 f., 161 f.

16 Knapp dazu (mit weiteren Nachweisen) *Joachim Lege*, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 97. – Ausführlicher beispielsweise *Wilhem Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Werkstand: 147. Ergänzungslieferung August 2022, § 34

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gebetshaus; Beispiel für „Maß“: die Höhe und Masse eines Gebäudes („erdrückende Wirkung“[17]).

Insgesamt ist Bruggers Lehre zur Beurteilung von rechtlichen oder auch politischen Entscheidungen jedenfalls eine gute „Heuristik“ (= Findetechnik, dazu später mehr in § 35 Rn. 21–32): Sie nötigt immer wieder dazu, den Rahmen und die Kontexte, in denen die zu treffende Entscheidung steht, zu hinterfragen und ggf. zu erweitern. So praktikabel wie „Checklisten“ ist sie freilich nicht. 11

II. Die Regeln der Kunst: Ein neuer Kanon (eine neue Heuristik)

Aber auch die unter I genannten Checklisten dürften nicht besonders praktikabel sein. Wir wollen daher im Folgenden ein stärker geordnetes Programm vorlegen, das sich – mit ein wenig Verschämtheit, aber dann doch – an der „Stilfibel“ von Ludwig Reiners (1896–1957) orientiert.[18] 12

Ein wenig verschämt, denn: Erstens setzt Reiners‘ Buch, für Akademiker vielleicht genierlich,[19] äußerst *basic* an – etwa mit der Erläuterung des richtigen Gebrauchs von „als“ und „wie“ bei der ersten Steigerungsform („größer“, „besser“) –, bevor es in die höheren Sphären geht, etwa an die Kritik des Kanzlei- und Klemmstils (ein höchst aktuelles und höchst abschreckendes Beispiel dazu unten V 2 c). Zudem gibt es Passagen in der Machart „Der Schüler fragt – Der Lehrer fragt“, die heute antiquiert wirken.

Zweitens: Vor einigen Jahren hat man gegen Reiners – von Hause übrigens Jurist – den Vorwurf des Plagiats erhoben: Er habe den Vorläufer der „Stilfibel“, nämlich seine „Deutsche Stilkunst“ (1943), weitgehend übernommen aus dem gleichnamigen Buch[20] (1911, 31. Aufl. 1931) des Philologen und Schriftstellers Eduard Engel (1851–1938), der als Jude von den Nationalsozialisten verfolgt worden war. Vielleicht gereicht es trotzdem oder gerade deshalb der „Stilfibel“ (1951, letzte Auflage 2015[21]) zur Ehre, eben dieses Werk[22] zum Ahnen zu haben.[23]

Rn. 30–32, auch Rn. 88d; hübsches Beispiel immer noch: Puma-Käfig im Wohngebiet, gemäß BVerwG (Bundesverwaltungsgericht), in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1984, 64: unzulässig.

17 Speziell dazu *Willy Spannowsky*, in: Spannowsky/Uechtritz – BeckOK BauGB [Beck-Online-Kommentar zum Baugesetzbuch), 60. Edition, Stand: 01.10.2023, § 34 Rn. 43.4. – Auch im Fachplanungsrecht kann der Gesichtspunkt eine Rolle spielen, so vor kurzen BVerwGE 173, 132 – Höchstspannungsfreileitungsmast (2021) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band 173, Seite 132).

18 So erstmals schon: *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 594–605.

19 Früher hätte man vielleicht lateinisch formuliert: *horribile dictū* – schrecklich zu sagen (Supinum 2).

20 *Eduard Engel*, Deutsche Stilkunst. Nach der 31. Aufl. 1931 mit einem Vorwort bereichert von Stefan Stirnemann, Berlin 2016.

21 *Ludwig Reiners,* Stilfibel, ungekürzte Ausgabe 2007, 5. Aufl., München 2015.

22 Digitalisat: https://archive.org/details/DeutscheStilkunst/page/n553/mode/2up?view=theater. Es handelt sich um die 30. Aufl. 1922.

23 Insbesondere die im Folgenden vorgeschlagene Untergliederung in „Verbote – Gebote – Empfehlungen“ findet sich bei Engel noch nicht.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IIa. Regeln I: Verbote

13 In der Jurisprudenz gibt es, wie in jeder Kunst und jedem Handwerk (im Sinn von *téchnē*), gewisse Verbote. In einem Konzert der „klassischen Musik" darf man keine *blue notes* spielen (es sei denn, es ist so komponiert, etwa von Gershwin), in einem Jazzclub wäre ein typischer Schlager-Rhythmus fehl am Platz (es sei denn als ironisches Zitat). Vielleicht sollte man die Dinge sogar noch elementarer formulieren: Es gibt schlicht und einfach „technische" Fehler, etwa wenn man sich verspielt oder verzählt. Solche elementaren technischen Fehler wären in der Jurisprudenz etwa: Übersehen oder gar Missachtung eines einschlägigen Gesetzes (oder sonstigen autoritativen Textes[24]), ein klares Fehlzitat (das sich dann immer weiter vererbt) und so weiter.

14 Möglicherweise kommt dies häufiger vor, als wir denken. Erst kürzlich ist im Strafrecht ein Fehlzitat aufgedeckt worden, das offenbar länger als ein Jahrhundert in allen Kommentaren und Lehrbüchern fortgeschleppt wurde: Eine Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) liege erst dann vor, wenn das Einsperren die „Dauer eines Vaterunsers" überschreite.[25] In Wahrheit hatte das Reichsgericht vor 140 Jahren das genaue Gegenteil gesagt: Es komme ebensowenig an auf die Dauer des Eingesperrtseins – in diesem Fall „nur etwa ein ‚Vaterunser' lang" -wie darauf, ob der Eingesperrte sich der Freiheitsberaubung bewusst geworden ist.[26]

1. Verstöße gegen die Regeln der Logik (einschließlich Begriffsbildung)

15 Grundlegend für die Jurisprudenz ist zuallererst das Verbot, gegen die Regeln der Logik zu verstoßen. Ein solcher Verstoß gegen die „Denkgesetze" gilt sogar als Revisionsgrund, das heißt als ein *Rechts*fehler, gegen den die höchste Instanz – das Revisionsgericht – angerufen werden kann. Wir haben dies bereits ganz zu Anfang dieser NJML erwähnt (§ 4 Rn. 6).

Zudem haben wir im Zweiten Teil geklärt, dass Logik nicht eigentlich die Lehre von der Folgerichtigkeit des Denkens ist, sondern von der Folgerichtigkeit des Handelns (§ 4 Rn. 8–9).

16 Erstaunlicherweise gibt es allerdings in der Rechtsprechung kaum Beispiele für solche Verstöße, desgleichen in der juristischen Methodenliteratur. Dies könnte daran liegen, dass auch für Juristen gilt, was Schopenhauer sagt: „Der gesunde Mensch ist gar nicht in Gefahr, falsch zu schließen; aber gar sehr, falsch zu urteilen (…)."[27] Es könnte ferner daran liegen, dass die *Form* des zentralen Justizsyllogismus – also Modus Barbara oder Modus ponens – die wohl einfachste aller Schlussformen ist (und sich deshalb auch als Form der „Rechtsanwendung" durchgesetzt hat!). Es könnte aber auch daran liegen, dass man häufig nicht genau genug hinschaut, wenn es um die Zurichtung der Prämissen geht (die sozusagen materiale Seite der *working logic*): Zur Logik gehören auch die Lehre von den Begriffen und von den Aussagen („Urteilen"), und wenn man hier Fehler macht, wirkt sich dies „natürlich" auf die Schlussfolgerung aus.

---

24 Zum Begriff § 14 II.

25 *Edward Schramm*, Oh my god!, in: JZ 2022, 614 f.

26 RGSt 7, 259 (260) – Zugenagelte Stalltür (1882) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band, Seite [Fundstelle]).

27 Zitiert nach *Elmar Bund*, Juristische Logik und Argumentation, Freiburg 1983, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Zirkelschluss und petitio principii

Das schönste Beispiel für einen Zirkelschluss stammt nach wie vor aus dem Bauordnungsrecht.[28] Der Fall ist sehr einfach: A stellt auf seinem unbebauten Grundstück einen **Wohnwagen** auf und nutzt ihn als Hauptwohnung. Darf er das? Die Antwort könnte sich aus der Landesbauordnung ergeben (trotz der Bezeichnung „Ordnung" handelt es sich bei ihr um ein formelles Gesetz) – aber gilt dieses Gesetz auch für Wohnwagen? Insofern heißt es in der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern zunächst: 17

> **§ 1 Abs. 1 LBauO M-V** Dieses Gesetz gilt für bauliche Anlagen und Bauprodukte.

Nächste Frage also: Ist ein Wohnwagen eine bauliche Anlage? Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass A ihn jederzeit wieder wegfahren könnte. Allerdings hilft insoweit der folgende Auszug aus § 2 LBauO:

> **§ 2 Abs. 1 LBauO M-V** Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene (…) Anlagen; eine Verbindung mit dem Boden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht (…) oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden.

Bingo! Beide Definitionen zum Tatbestandsmerkmal „Verbindung mit dem Erdboden" treffen auf den Wohnwagen zu. Allerdings fehlt noch ein weiteres Tatbestandmerkmal, nämlich (kursiv hervorgehoben): 18

> **§ 2 Abs. 1 LBauO M-V** Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, *aus Bauprodukten hergestellte* (…) Anlagen (…).

Was aber ist ein Bauprodukt? Nun, wir haben es schon einmal erwähnt (Hervorhebung J.L.)

> **§ 2 Abs. 10 LBauO M-V** Bauprodukte sind
>
> 1. Produkte, Baustoffe, Bauteile und Anlagen (…), die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden,
> 2. (…)

28 Wir haben das Beispiel in § 15a Rn. 18 schon erwähnt. – Bauordnungsrecht ist das Recht der Gefahrenabwehr, bezogen auf bauliche Anlagen (Standfestigkeit, Feuerschutz, Anforderungen an Wohnungen etc.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

19 Kurz: Bauliche Anlagen werden aus Bauprodukten hergestellt, Bauprodukte sind dadurch definiert, dass sie in bauliche Anlagen eingebaut werden – das ist ein klassischer Zirkel (§ 15a Rn. 18). Zum Zirkel*schluss* wird er im konkreten Fall wie folgt:

Regel ./. Bauliche Anlagen sind aus **Bauprodukten** hergestellte Anlagen.

Approbation: Bauprodukte sind Produkte, die in bauliche Anlagen eingebaut zu werden bestimmt sind.

Fall ./. **Wohnwagen** sind aus Bauprodukten hergestellt.

Approbation: Sie bestehen aus Produkten, die in Wohnwagen eingebaut werden.

Resultat ./. **Also** sind Wohnwagen bauliche Anlagen.

Quod erat demonstandum (was zu beweisen war).

20 Dass dies nicht „stimmt", liegt auf der Hand, aber warum? Es wird das, was erst zu beweisen wäre (Resultat), schon als Begründung (*principium*, wörtlich: Ursprung, Grundlage) vorausgesetzt (lateinisch *petere*, wörtlich: bitten, beanspruchen). Daher nennt man einen derartigen Fehlschluss auch eine *petitio principii* – und das „Also" im Resultat ist eigentlich ein „Denn".

21 Es zeigt sich denn auch, dass man mit dem Zirkel das genaue Gegenteil beweisen könnte:

Regel ./. Bauliche Anlagen sind aus **Bauprodukten** hergestellte Anlagen.

Approbation: Bauprodukte sind Produkte, die in bauliche Anlagen eingebaut zu werden bestimmt sind.

Fall ./. **Wohnwagen** sind *nicht* aus Bauprodukten hergestellt.

Approbation: Sie bestehen (nur) aus Produkten, die in Wohnwagen eingebaut werden.

Resultat ./. **Denn** Wohnwagen sind *keine* baulichen Anlagen.

* * *

22 Klassisches Beispiel für eine *petitio principii* ist der Amtseid des Bundespräsidenten, wenn es um die Frage geht, ob er sich weigern darf, ein aus seiner Sicht verfassungswidriges Gesetz auszufertigen („Prüfungsrecht des Bundespräsidenten").[29] Man hat versucht, dies mit seinem Amtseid zu begründen:

> **Art. 56 GG** Ich schwöre, daß ich meine Kraft dem Wohle des deutschen Volkes widmen, seinen Nutzen mehren, Schaden von ihm wenden, *das Grundgesetz* und die Gesetze des Bundes *wahren* und verteidigen, meine Pflichten gewissenhaft erfüllen und Gerechtigkeit gegen jedermann üben werde. (…).

Ob sich aus dem Grundgesetz ein solches Prüfungsrecht ergibt, ist aber gerade erst die Frage.[30]

29 Dazu nur etwa *Christoph Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 38. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 809–813 (809 f.).

30 Ähnlich *Olaf Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Widersprüchliche Aussagen (ex contradictione quodlibet)

Ebenso, wie sich aus einem Zirkel Beliebiges ergibt, ergibt sich auch aus widersprüchlichen Aussagen Beliebiges. Auf Latein: *ex contradictione quodlibet.* Widersprüche in rechtlichen Begründungen – oder in der rechtlichen Dogmatik – sind daher für die Funktion des Rechts, normative Erwartungssicherheit zu produzieren, kontraproduktiv. Anders gewendet: Sie sind ein Einfallstor für Willkür und Ungerechtigkeit. 23

Aus diesem Grund sind offene Widersprüche zumindest in veröffentlichten juristischen Texten selten. Ein schönes Beispiel findet sich aber in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Begriff der Enteignung (dazu schon § 15a Rn. 34–35, 43). Üblicherweise heißt es insoweit zum Beispiel: 24

> „Die Enteignung setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll (…).“[31]

Allerdings gibt es auch eine Entscheidung, in deren Begründung man das genaue Gegenteil findet:

> „Das Vorliegen einer Enteignung hängt … nicht davon ab, dass es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt. Ihr entscheidendes Merkmal ist der Entzug des Eigentums und der dadurch bewirkte Rechts- und Vermögensverlust, nicht aber die Übertragung des entzogenen Objekts“.[32]

Kurz und gut: Die Enteignung *ist* ein sogenannter Güterbeschaffungsvorgang, und sie ist es *nicht*. Diesen Widerspruch hat das Bundesverfassungsgericht bis heute nicht ausgeräumt.

Ohnehin sind die Fälle, in denen das BVerfG von einer alten Rechtsprechung *ausdrücklich* abweicht, sehr selten. Ein Beispiel findet sich in dem – wie ich es nenne – Verwaltungsverfassungsrecht, also in den Vorschriften des Grundgesetzes zur Abgrenzung der Exekutivkompetenzen von Bund und Ländern (Art. 84 ff. GG). Der Leitsatz der Entscheidung lautet: 25

> „Allgemeine Verwaltungsvorschriften für den Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder im Auftrage des Bundes können gemäß Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG ausschließlich von der Bundesregierung als Kollegium mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden (Abweichung von BVerfGE 26, 338 [339]).“[33]

Und nicht, wie es vorher üblich war, auch von einem einzelnen Minister.

---

31 BVerfGE 104, 1 (10) – Baulandumlegung (2001).

32 BVerfGE 83, 201 (211) – Bergrechtliches Vorkaufsrecht (1991).

33 BVerfGE 100, 249 – Allgemeine Verwaltungsvorschriften (1999). Allgemeine Verwaltungsvorschriften sind Regelungen, die die Behörden (hier die Behörden der Länder) nur innerdienstlich binden. Sie haben also keine sogenannte Außenwirkung gegenüber den Rechtsunterworfenen, genauer: keine *unmittelbare* Außenwirkung. Eine Außenwirkung kann aber über den Gleichheitssatz entstehen: Wenn die Behörde auf Grund der Verwaltungsvorschrift gehalten ist, unter bestimmten Voraussetzungen eine Genehmigung zu erteilen, dann kann sie dies nicht nach Belieben im Fall A tun und es im Fall B unterlassen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Doppeldeutigkeit: ein Wort, zwei Begriffe (Äquivokation, Quaternio terminorum)

26 Ein in den juristischen Methodenlehren gelegentlich erwähnter logischer Fehler ist ein Schlussfolgern, bei dem einer der drei Begriffe, die einander im Syllogismus zugeordnet werden, doppeldeutig ist. Man nennt dies eine *Äquivokation* (wörtlich: Gleich-lautendheit), und den Fehler in der Schlussfolgerung, der darauf beruht, bezeichnet man als *Quaternio terminorum*, wörtlich: Vierfachheit (statt Dreifachheit) der Begriffe.

Erstaunlicherweise finden sich sodann in den Methodenlehren meist keine real-juristischen Beispiele für diesen Fehler, vielmehr gibt es Schulbeispiele wie dieses etwas antiquierte:

> Alle Füchse stehlen Hühner.
> Adenauer [der ehemalige Bundeskanzler] ist ein Fuchs.
> Also stiehlt Adenauer Hühner.[34]

Oder: Die doppeldeutige Formel „entgangener Gewinn" kann zum einen – juristisch terminologisch – einen nicht realisierten Vermögenszuwachs i.S.d. § 252 BGB meinen („Gewinn/Verlust"); zum anderen – alltagssprachlich – den verpassten Hauptgewinn bezeichnen (etwa nach Entwendung des Loses).[35] Dabei gibt es durchaus auch Beispiele aus dem realen Rechtsleben:

aa) Enteignung und „Enteignung"

27 Ein erstes Beispiel ist die Doppeldeutigkeit des Begriffs „Enteignung". Enteignung bezeichnet zum einen – im engen und eigentlichen Sinn – eine zwangsweise „Güterbeschaffung", das heißt die Übertragung eines Gutes auf einen anderen, damit dieser es anstelle des bisherigen Eigentümers nutzen kann. Beispiel: Enteignung von Grundstücken für eine Autobahn oder den Braunkohleabbau. In einem weiten Sinn kann man als „Enteignung" aber auch jede Maßnahme bezeichnen, die den Eigentümer „schwer und unerträglich" trifft oder ihm, nach anderer Theorie, ein „Sonderopfer" abverlangt – die Schweizer nennen dies, im Gegensatz zur ersten, eine „materielle Enteignung".[36] Beispiel: Der Eigentümer eines Denkmals darf es wegen des Denkmalschutzes nicht abreißen,[37] der Eigentümer eines Grundstücks darf wegen des Grundwasserschutzes die Kiesgewinnung nicht fortsetzen.[38]

Wir haben diese Äquivokation (Doppeldeutigkeit) schon mehrfach erwähnt, deshalb hier nur kurz: Die Zivilgerichte hatten sie sich zunutze gemacht – und tun dies in einigen Bereichen bis heute[39] –, um Eigentümern auch dann Entschädigungen

---

34 Nach *Bund*, Juristische Logik (Fn. 27), S. 61 (Erläuterung J.L.). „Fuchs" im Untersatz also in der Bedeutung: „listig". In dieser Bedeutung taucht der Fuchs, nebenbei gesagt, auch bei Machiavelli auf: Der Fürst müsse etwas vom Löwen und vom Fuchs haben: vom Löwen, um die Hunde nicht zu fürchten, und vom Fuchs, um die Fallen zu erkennen (*Niccolò Machiavelli*, Il Principe (1532), dt. Der Fürst, italienisch/deutsch, Stuttgart 1986, Kapitel XVIII).

35 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 380.

36 *Joachim Lege*, Enteignung und „Enteignung", in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 864–872.

37 BVerfGE 100, 226 – Denkmalvilla (1999).

38 BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981).

39 Stichwort: qualifiziertes Unterlassen, dazu schon § 20 Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zuzusprechen, wenn es dafür keine gesetzliche Grundlage gibt – wie das Bundesverfassungsgericht sie verlangt. Rund um diese praktische Frage hat sich dann eine lange Geschichte von juristischen Theorien, von absichtlichen und unabsichtlichen Missverständnissen, von vielschichtiger Dogmatik abgespielt – eine Geschichte, die man geradezu als Paradigmenstreit bezeichnen kann. Wir haben sie an anderer Stelle skizziert (§ 20 I) und wollen hier nur festhalten: Im Kern ging es *methodologisch* um die Doppeldeutigkeit (Äquivokation) des Begriffs „Enteignung", *sachlich* um die Definitionsmacht (also Kompetenz!) von BGH oder BVerfG.

bb) Erinnerung und „Erinnerung" oder: Notare sind auch nur Menschen – zugleich ein Exempel doppelter Misslungenheit –

28 Ein wenig bekanntes Beispiel für eine geradezu dreiste Begriffsstrategie mit Hilfe der Äquivokation ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) aus den 1970er Jahren. Sie ist zugleich ein gutes Beispiel für gleich doppelte Misslungenheit.[40]

Das Thema liegt etwas abseits vom juristischen Kernstoff, denn es handelt sich um die Haftung eines Notars, wenn er eine Sache verschlampt hat – in diesem Fall: Er sollte ein lebenslanges Wohnrecht und eine Unterhaltsrente des X im Grundbuch absichern.[41] Insofern lautet die Kernvorschrift der **Bundesnotarordnung** (entscheidend sind die Sätze 1 und 3)

> **§ 19 Abs. 1 Amtspflichtverletzung** Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er diesen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Notar nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Verletzten nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen; (…). Im übrigen sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Schadensersatzpflicht im Fall einer von einem Beamten begangenen Amtspflichtverletzung entsprechend anwendbar. (…).

29 Satz 1 besagt also: Schadensersatz, Satz 3: Verweis auf § 839 BGB (Haftung bei Amtspflichtverletzung). Dort ist für unseren Fall allein der Absatz 3 von Bedeutung (Hervorhebung J.L.):

> **§ 839 Abs. 3 BGB** Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines **Rechtsmittels** abzuwenden.

30 Was ist ein **Rechtsmittel**? Insofern hatte der BGH bereits früher entschieden, dass man den Begriff weit auslegen müsse.

> Zum Hintergrund: „Rechtsmittel" im engen Sinn sind nur Rechtsschutzgesuche, die sich gegen Entscheidungen eines Gerichts an ein höheres Gericht wenden, konkret also: die Rechtsmittel Berufung, Revision und Beschwerde. Sie sind ein Unterfall des Begriffs „Rechtsbehelf", der auch andere Rechtsschutzgesuche gegen behördliche oder gerichtliche Maßnahmen umfasst. Dabei unterscheidet man wiederum förmli-

40 Das Beispiel verdanke ich *Maximilian Herberger/Dieter Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt a.M., S. 275–277.

41 Mit anderen Worten: Der Erwerber des Grundstücks sollte sich sachenrechtlich („dinglich") verpflichten, den X für dessen restliches Leben unentgeltlich auf dem Grundstück wohnen zu lassen und ihm obendrein eine Rente zu zahlen. Möglich ist dies durch Eintragung einer entsprechenden Reallast, die für dieses Grundstück bestellt wird (§ 1105 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch). Die Eintragung muss ein Notar beantragen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che und nicht-förmliche Rechtsbehelfe. Die bekanntesten förmlichen Rechtsbehelfe sind der Widerspruch gegen Verwaltungsakte bei der Behörde selbst (§§ 68, 69 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) und die Erinnerung (!) gegen Maßnahmen des Rechtspflegers (§ 11 Abs. 2 Rechtspflegergesetz – RPflG). Nicht-förmliche Rechtsbehelfe sind: Gegenvorstellung, Aufsichtsbeschwerde, Dienstaufsichtsbeschwerde.

31 Zunächst knüpfte der BGH korrekt an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an. Dieses hatte im Rahmen des § 839 BGB, also im Rahmen der gewöhnlichen Amtshaftung (nicht: Notarhaftung), entschieden, dass unter „Rechtsmittel" im Sinn des § 839 Abs. 3 BGB auch sonstige „Rechtsbehelfe" zu zählen seien, etwa eine Dienstaufsichtsbeschwerde oder die Erinnerung (an den Rechtspfleger[42]) beim Grundbuchamt.[43]

Der BGH bestätigte dies sodann im Jahr 1958 in einem „Notarfall", allerdings wieder nur bezogen auf Rechtsbehelfe gegen *das Grundbuchamt* – welche die Geschädigte übrigens *nicht* schuldhaft unterlassen hatte.[44] In einem weiteren Notarfall von 1960 hieß es zudem durchaus reserviert gegenüber einer Haftungsfreistellung des Notars: Erstens dürfe es ihm nicht zugute kommen, wenn der oder die Geschädigte einen Rechtsbehelf gegen *das Grundbuchamt* unterlässt. Und als „Rechtsmittel" gegen *den Notar*, das unterlassen werden könne – „Rechtsmittel" in Anführungszeichen! – kämen „höchstens [!] Gegenvorstellungen oder eine Dienstaufsichtsbeschwerde des Geschädigten" gegenüber dem Notar in Betracht.[45]

32 Über dieses „höchstens" und über ein weiteres entscheidendes Wort setzte sich der BGH dann im Jahr 1974 mit Hilfe der angekündigten Äquivokation souverän hinweg. Zunächst griff er die bisherige Definition des Begriffs „Rechtsmittel" durchaus zutreffend auf (Hervorhebung J.L.):

> „‚Rechtsmittel' … [sind] alle Rechtsbehelfe …, die sich gegen die schädigende Amtshandlung oder Unterlassung richten, und die *nach gesetzlicher Ordnung* ihre Beseitigung oder Berichtigung ermöglichen. Dazu gehören insbesondere auch Gegenvorstellungen, Erinnerungen, Beschwerden und Dienstaufsichtsbeschwerden (so ständige Rechtsprechung des RG … und des BGH, vgl.[46] …)".[47]

33 Und dann kommt die entscheidende Wende: Unter „Erinnerung" versteht der BGH plötzlich und zuerst ganz subkutan nicht mehr den *Rechts*begriff Erinnerung, sondern den *Alltags*begriff. Der Geschädigte hätte den Notar doch formlos daran erinnern können, dass er zu Gunsten des Geschädigten „eine lebenslängliche Unterhaltsrente von monatlich 600 DM … und ein lebenslängliches Wohnrecht" auf dem Grundstück dessen Sohnes „grundbuchlich absichern sollte". Das habe der Geschädigte unterlassen, und zwar fahrlässig, denn (Hervorhebung J.L.):

---

42 Leider fehlt dieser Zusatz in den Reichsgerichtsentscheidungen, es ist aber offensichtlich, dass nur diese *gesetzlich* vorgesehene Erinnerung gemeint war.

43 RGZ 138, 114 (116) – gelöschte Hypothek (1932) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite [Fundstelle]).

44 BGHZ 28, 104 (106 f.) – brieflose Grundschuld (1958) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen).

45 BGH NJW 1960, 1718 (1719).

46 Bei einem Zitat, das mit „vgl." (= vergleiche) eingeleitet wird, ist meist Misstrauen geboten.

47 BGH NJW 1974, 639 (640); Formulierung nach RGZ 138, 114 (116) (Fn. 43); in BGHZ 28, 104 (106) (Fn. 44) fehlt allerdings schon die Wendung „nach gesetzlicher Ordnung".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> „Es kann … von ihm verlangt werden, sich bei dem Notar nach einiger Zeit zu erkundigen, ob die Eintragung erfolgt ist und ihn gegebenenfalls an die Erledigung *zu erinnern*, ihn unter Umständen sogar dazu aufzufordern."[48]

Allerdings steht eine solche „Erinnerung oder gar „Aufforderung" nirgends in einem Gesetz – wie es die vorhin genannte Definition des „Rechtsmittels" verlangt. Anders gewendet: Der BGH lässt das Definitionsmerkmal „nach gesetzlicher Ordnung" stillschweigend unter den Tisch fallen. Und setzt am Ende seiner notarfreundlichen Haltung noch die Krone auf (Anmerkungen J.L.):

> „Es ist keineswegs unsozial [??], wenn die Personen, die einen notariellen Vertrag geschlossen haben, gehalten sind, ihr bestes zu tun, um einen Schaden abzuwenden, der durch ein normales menschliches [!] Versagen eines Notars entstehen kann."[49]

Im vorliegenden Fall bestand dieser Schaden darin: Der Sohn des Geschädigten, dem 34
er das Grundstück übertragen hatte, war in Konkurs gefallen. Das Grundstück fiel in die Konkursmasse, und der Erwerber verlangt nun vom Geschädigten eine Miete. Ob der Geschädigte und sein Sohn sich diese Miete noch leisten konnten[50] (wurden sie vielleicht gar zum „Sozialfall"?) – darüber schweigt das Urteil.

* * *

Es bietet sich an, diesen Fall einmal in unser Vertretbarkeits- und **Gelungenheits-Sche-** 35
ma einzuordnen (§ 33 Rn. 13–19). Man wird dann sagen können: Es handelt sich um eine grob fehlerhafte, geradezu vorsätzlich fehlerhafte **Begründung**: Dem juristischen Terminus technicus „Erinnerung" wird eine alltagssprachliche Bedeutung untergeschoben (Äquivokation), sodann wurden die praktischen Folgen des Rechtsbegriffs auf den Alltagsbegriff – zu dessen Nachteil – übertragen. Das ist ein Verstoß gegen seriöse Logik[51] (*Quaternio terminorum*) und daher so **nicht vertretbar**.

Daraus folgt gemäß demselben Schema: Auch das **Ergebnis** der Entscheidung ist falsch – es sei denn, es lässt sich dafür eine bessere und vertretbare Begründung finden. Etwa mit dem Argument: Diese weitere Ausdehnung des schon weit verstandenen Begriffs „Rechtsmittel" sei interessengerecht.

An diesem Punkt kommt das **Ergebnis** der Argumentation **nochmals** ins Spiel. Das 36
Ergebnis – die Rechtsfolge – lautet nämlich: Der Geschädigte geht völlig leer aus, denn die Haftung des Notars entfällt komplett (§ 839 Abs 3 BGB: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, …"). Anders gewendet: Das „**normale menschliche Versagen**" des *Geschädigten* – in diesem Fall: allenfalls „normale" Fahrlässigkeit[52] – gereicht ihm voll zum Nachteil, während das „normale menschliche Versagen" des *Notars* auf milde Nachsicht trifft. Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil der Notar ein Amtsträger ist, der

---

48 BGH NJW 1974, 639 (640).

49 BGH NJW 1974, 639 (640).

50 Dagegen spricht, dass auch die OHG (Offene Handelsgesellschaft), die der Geschädigte betrieben und der das Grundstück zuvor gehört hatte, in Konkurs gefallen war.

51 Schematisch (*Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie [Fn. 40], S. 277):

$\mathbf{M_1}$ a P
S a $\mathbf{M_2}$
S a P

52 Wenn nicht gar leichte oder gar keine Fahrlässigkeit. Auf einen Notar muss man sich verlassen dürfen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich mit diesen Geschäften besser auskennen sollte und sich zudem gegen ihre Risiken absichern kann: Auch jeder Anwalt braucht eine Berufshaftpflichtversicherung.

37 Daraus folgt in unserem Gelungenheits-Schema (§ 33 Rn. 14–15): Das **Ergebnis** – die Rechtsfolge – lässt sich auch mit einer anderen Begründung nicht halten. Es ist rechtlich und juristisch eindeutig **falsch**. Und *even worse*: Ganz naheliegend **richtig wäre** eine andere Rechtsfolge. Sie steht sogar im Gesetz, und sie lautet:

> **§ 254 Abs. 1 BGB** Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

Anders gewendet: Wenn zwei Seiten schlampert agiert haben, müssen sie sich den Schaden teilen. Und da könnte man in unserem Fall dem Geschädigten in der Tat den Vorwurf machen, dass er sich nicht rechtzeitig um die Sache gekümmert hatte: Er hatte durchaus Erfahrung im Geschäftsleben und im Grundbuchverkehr.

> Wie groß die Anteile am Verschulden sind, ist weitgehend Tatfrage[53] – wir kommen gleich noch einmal darauf zurück. „Tatfrage", das heißt: eine Frage der Würdigung der konkreten Personen und Situationen („Tatsachen"); „weitgehend", das heißt: Es bleibt eine *Rechts*frage, ob diese Würdigung „auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesentliche Tatsachen unberücksichtigt geblieben sind"[54].

38 Wie auch immer, das Gesamtergebnis zur **Gelungenheit** lautet: Die **Begründung** der Entscheidung des BGH ist *nicht vertretbar*, schon deshalb ist die Entscheidung misslungen. Zudem gibt es keine Begründung, die besser wäre als das Gegenmodell, demgemäß die Parteien den Schaden gemäß § 254 Abs. 1 BGB anteilig zu tragen haben. Daher ist das **Ergebnis** der Entscheidung sowohl rechtlich als auch juristisch *falsch*. Was schließlich den Zusammenklang des Ganzen angeht, hebt sich Minus mal Minus nicht auf, sondern verstärkt sich. Die **Entscheidung** ist geradezu **doppelt misslungen**.[55]

> Und ohne großen Aufwand *gelungen* wäre die Lösung über § 254 Abs. 1 BGB.

* * *

53 BGH NJW 1974, 639 (640).

54 BGH NJW 1974, 639 (640).

55 Es ist daher durchaus blamabel, dass sie schon bald darauf als Präjudiz akzeptiert wurde – siehe OLG (Oberlandesgericht) Düsseldorf, in: Monatsschrift des deutschen Rechts (MDR) 1977, 588 f. – und im Grundsatz bis heute in ständiger Rechtsprechung („st. Rspr.") fortgeführt wird – siehe z.B. BGH, in: Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 2004, 362 (363). Auch in der Literatur entspricht sie nahezu unbestritten der herrschenden Meinung („h.M."). Kritisch geäußert hat sich nur der Richter am BGH *Hans Gerhard Ganter*, Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht, in: DNotZ 1998, 851 (864 f.): „Weshalb hier ein aus leichter Fahrlässigkeit unterbliebener mündlicher Vorhalt oder eine unterlassene telefonische Erinnerung [seitens des Geschädigten] die Haftung des Notars, mag dessen Verschulden noch so schwerwiegend sein, gänzlich ausschließen soll, ist mit dem Gerechtigkeitsgefühl nur schwer zu vereinbaren". Dies wurde von der Chef-Justitiarin der Allianz-Versicherung mit dem bemerkenswerten Argument gekontert, § 254 BGB sei zwar flexibler, in der Praxis würde sich aber trotzdem nichts ändern: *Antje Jungk*, Bedarf der Begriff des Rechtsmittels in § 839 Abs. 3 BGB im Notarhaftungsrecht einer restriktiveren Auslegung?, in: DNotZ 2001, 99. Die Notarin *Sabine Schramm*, in: Eschwey, BeckOK

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wir wollen, in gewisser Weise auch zum Vergnügen, den **Zusammenklang des Ganzen**, genauer: den jeweiligen Zusammenklang der beiden konkurrierenden Syllogismen („Artefakte“[56]) abschließend als Vollständige Juristische Syllogismen (**VJS**, siehe § 8) explizit darstellen, eingeleitet wieder durch die Frage: 39

Welcher Syllogismus ist gelungener?

Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) Nr. 1 39.1

Regel./. Wer ein Rechtsmittel unterlässt, verliert den Schadensersatzanspruch gegen den Notar.

„Rechtsmittel“ ist • JEDER GESETZLICH (!) VORGESEHENE RECHTSBEHELF, ALSO AUCH DIE ERINNERUNG AN DEN RECHTSPFLEGER

Fall ./. Der Geschädigte hat eine „Erinnerung“ unterlassen.

Er hat den Notar nicht daran „erinnert“ (im Alltagssinn), eine Pflicht zu erfüllen (von deren grob fahrlässiger Verletzung er, freilich aufgrund eigener Fahrlässigkeit, nicht wusste)

Resultat ./. Also verliert der Geschädigte den Anspruch auf Schadensersatz.

… und zwar vollständig.

„Lebensweltlich“ muss X bzw. sein Sohn also Miete zahlen statt unentgeltlich zu wohnen, und auch die Unterhaltsrente ist futsch.

Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) Nr. 2 39.2

Regel ./. Wenn der Schaden durch beiderseitige Fahrlässigkeit entstanden ist, vermindert sich der Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger entsprechend dem Mitverschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Geschädigten.

„Fahrlässigkeit“ ist • DAS AUSSERACHTLASSEN DER IM VERKEHR ERFORDERLICHEN SORGFALT.

Fall ./. Sowohl der Notar N (Schädiger) als auch der Geschädigte G haben fahrlässig gehandelt.

N hat den erforderlichen Antrag nicht gestellt (= grob fahrlässig), G hat dies nicht überprüft und daher auch nicht gerügt (= normal fahrlässig).

Resultat ./. G erhält von N Schadensersatz, gemindert um den eigenen Anteil an der Entstehung des Schadens.

Die Aufteilung ist „weitgehend Tatfrage“ sagen wir:
N = grob fahrlässig, G = normal fahrlässig; kurz und gut: 2 zu 1.

„Lebensweltlich“ schuldet der Notar dem Geschädigten demnach eine Unterhaltsrente von 400 DM (zwei Drittel von 600) und 2/3 der Miete, die dieser an den Erwerber des Grundstücks zu zahlen hat.

(beck-online-Kommentar) BNotO, 9. Edition, Stand 01.02.2024, § 19 Rn. 148, erwähnt Ganters Meinung gar nicht erst.

56 Artefakt: etwas, das durch Kunst oder Handwerk (*ars*) hergestellt wurde (*factum*).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

40 Ich muss gestehen, dass mir dieser zweite Syllogismus erheblich schöner erscheint – zumal der Notar sein Risiko auf eine Versicherung abwälzen kann.

d) Weitere logische Fehler

41 Die Liste von Verstößen gegen die Logik lässt sich ohne Mühe verlängern – einige von ihnen dürften zudem aus dem einen oder anderen juristischen „Theorienstreit" bekannt sein (auch wenn sie dort nicht so benannt werden). Im Folgenden ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- **Kategorienfehler**

Um einen Kategorienfehler handelt es sich etwa bei dem Streit, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft obendrein auch noch angefochten werden kann.[57] Wenn man hier argumentiert:

(1) Nur was existiert, kann vernichtet werden.
(2) Die Anfechtung vernichtet das Rechtsgeschäft.
(3) Ein nichtiges Rechtsgeschäft existiert nicht.
(4) Also kann ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht angefochten werden.

… dann bezieht sich Prämisse (1) auf eine andere Kategorie, nämlich körperliche Gegenstände, als die drei restlichen Aussagen, die im Sinnzusammenhang des Rechts stehen. Also kann man aus ihr nichts rechtlich Belastbares folgern.[58]

- **Onto-logische Unmöglichkeit**

42 Einen zweiten Fehler könnte man geradezu als *onto*-logische Unmöglichkeit bezeichnen. Gemeint ist, dass ein konkreter Fall nicht unter zwei Begriffe fallen kann, die sich gegenseitig ausschließen, anders gewendet: Er kann nicht zugleich A und Nicht-A *sein* (Ontologie ist die Lehre vom Sein).[59] Als Beispiel sei nochmals die überholte Lehre genannt, gemäß der eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Einzelfall in eine Enteignung „umschlagen" konnte, wenn sie den Eigentümer übermäßig belastete (so die von mir so bezeichneten „Schwellentheorien" des Bundesgerichtshofs [Sonderopfertheorie] und des Bundesverwaltungsgerichts [„Schweretheorie"]). Das führte zu den allergrößten Unstimmigkeiten (§ 20 Rn. 5–7).

Dass nicht nur Logik, sondern auch *Onto*-logik im Spiel ist, haben wir schon an anderer Stelle erwähnt. Letztlich geht es um den (nicht nur mittelalterlichen) Universalienstreit: Sind Begriffe im Allgemeinen ebenso real wie im konkreten Fall („Realismus")?[60] Oder kann ich mich, wenn ich nur will, nicht nur als Frau *bezeichnen*, sondern damit dann auch eine Frau *sein* (Nominalismus)?

---

57 Die ganz herrschende Meinung (h.M.) bejaht es, aber es ist ein berühmter Streit mit einem klassischen Aufsatz (*Theodor Kipp*, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, Berlin 1911, S. 211–233); knapp dazu heute *Jan Busche* in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2021, § 142 Rn. 12.

58 Beispiel bei *Bund*, Juristische Logik (Fn. 27), S. 61.

59 Zu „A ist A und nicht Non-A" als logischen Grundgesetzen § 5 III Rn. 89.

60 Dazu schon § 4 I.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weitere logische Fehler und Fehlschlüsse werden in der juristischen Methodenliteratur eher am Rande erwähnt. Genannt werden etwa 43

- der **instrumentalistische Fehlschluss** (Schluss vom Zweck auf das Mittel);

  Im Polizei- und Ordnungsrecht lernt man daher die Formel: „kein Schluss von der Aufgabe (hier: Gefahrenabwehr als Zweck) auf die Befugnis (also die Zulässigkeit eines zu diesem Zweck von der Behörde einzusetzenden Mittels)". Die Zulässigkeit des Mittels muss sich vielmehr gesondert aus einem Gesetz ergeben. Wenn das Gesetz dann allerdings lautet (Ergänzungen J.L.):

  > „Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen [= Mittel anzuwenden], um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird [= Zweck]."[61]

  ... dann schreit dies geradezu nach einem juristischen Zwinkersmiley ... – Nein, im Ernst: Die Generalklausel ist kein Freibrief für alles, insbesondere wird sie überall dort verdrängt, wo es Spezialbefugnisse für die Polizei gibt, etwa zur Durchsuchung von Personen oder zur Sicherstellung von Sachen. Dann müssen auch die Spezialvoraussetzungen der Spezialbefugnis erfüllt sein (z.B. eine gesteigerte Gefahr).

- der **Sein-Sollen-Fehlschluss** (auch naturalistischer Fehlschluss) 44

  Einfach gesagt: Man darf nicht aus einer „Tatsache" folgern, dass sie rechtens ist, nicht also aus der natürlichen Bestimmung des weiblichen Geschlechts, dass Ehefrauen nur mit Einverständnis des Ehemanns einen Arbeitsvertrag abschließen dürfen.[62] Oder aus der Widernatürlichkeit der männlichen Homosexualität, dass sie strafbar sein sollte.[63] Allerdings geraten alle Methodenlehren hier zwangsläufig ins Schlingern: Irgendwie ist das Recht dann doch kein „reines Sollen",[64] sondern es muss am Ende *sach-gerecht* sein (Pädosexualität muss ganz einfach strafbar sein). Kurz: Man muss sich auch vor einem anti-naturalistischen Fehlschluss hüten.[65]

---

61 So § 13 SOG M-V (Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern); auch in allen anderen Ländern findet sich diese „Generalklausel".

62 Siehe § 1358 Abs. 1 BGB in seiner ursprünglichen Fassung von 1900: „Hat sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgerichte dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu ertheilen, wenn sich ergiebt, daß die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt."

63 So noch BVerfGE 6, 389 – Homosexualität (1957).

64 ... womit nichts gegen die Reine Rechtslehre mit ihrer Ideologiekritik gesagt sein soll.

65 *Alexander Hollerbach*, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i. Br. 1996, S. 42–55 (48); wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 (68); zustimmend *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 35), Rn. 380. – Klassiker zur „naturalistic fallacy": *George Edward Moore*, Principia Ethica, Cambridge 1903, reprint 1922, Chapter I B 10 und dann durchgehend.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aktuell etwa: Darf oder gar muss das Recht biologische Unterschiede von Männern und Frauen *vollständig* ignorieren?[66]

45 Vielleicht muss man daher anerkennen, dass es ebensowenig wie „reine Normen" so etwas wie „reine Tatsachen" gibt. Anders gewendet: Auch deskriptive Aussagen („Beobachtungen") enthalten auch immer eine Spur Normativität (nämlich Logik; auch Naturgesetze sind Gesetze!). Methodisch **eigentlich** zu vermeiden ist daher (Begriff und Terminus stammen nicht von mir[67]):

46 • der **Sollen-Sollen-Fehlschluss**

Das heißt zum einen: Bestimmte gesellschaftliche „Werte", die gerade en vogue sind, müssen nicht sofort und erst recht nicht vorauseilend rechtlich „umgesetzt" werden – die Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus bleibt insofern das schrecklichste Beispiel. Es bedeutete zum anderen: Die herrschende Meinung (h.M.)[68] als solche ist noch kein Argument. Allerdings muss man, wenn man gegen sie antritt, mehr Aufwand betreiben, als wenn man ihr folgt (s.u. 3 a).[69]

Oder in einem Satz: Der Sollen-Sollen-Schluss ersetzt Fakten durch Ideologie.[70]

2. Das Verbot des Überflüssigen (ratio decidendi versus obiter dictum)

47 Kommen wir nun zu einem weiteren, sehr ernsten Verbot: dem Verbot des Überflüssigen. Es ist zwar insofern weniger ernst, als bloße Redundanzen aus Zeitnot entstehen können (man hat keine Zeit mehr zum Kürzen). Bedenklich wird es, wenn ein Präjudiz mit dem, was in ihm überflüssig ist, auch noch die Grenzen seiner Kompetenz (Zuständigkeit) überschreitet – und wenn dies dann erhebliche praktische Konsequenzen hat.

Rein rhetorisch hat das Verbot des Überflüssigen übrigens den ganz praktischen Grund: Mit allem, was über das hinausgeht, was man braucht, um jemanden zu überzeugen, lenkt man ihn vom Wesentlichen ab – und schwächt dadurch das Argument.[71]

48 Das wohl deutlichste Beispiel für jene Kompetenzüberschreitung wurde schon erwähnt (§ 11 Rn. 17): die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vermögensteuer.[72] In diesem Verfahren war streitentscheidend lediglich die Frage, ob die Bemessungsgrundlagen für die Erhebung der Steuern gerecht waren, genauer: ob sie gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstießen. Dies war auch schnell zu beantworten:

66 Die ersten Entwürfe zum sogenannten Selbstbestimmungsgesetz – Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) – gingen stark in diese Richtung. Mittlerweile wurde dies weitgehend zurückgenommen, siehe vor allem § 6 Abs. 4 des Regierungsentwurfs vom 01.11.2023: „Auf den aktuellen Geschlechtseintrag kommt es bei allen gesundheitsbezogenen Maßnahmen oder Leistungen nicht an, sofern diese im Zusammenhang mit körperlichen, insbesondere organischen Gegebenheiten stehen" (Bundestags-Drucksache 20/9049). – Zum SBGG auch unten § 38 Rn. 19.

67 Sondern von *Max Ole Schuckart*, Methodenlehre in Diktaturen, Seminararbeit im Wintersemester 2021/2022, S. 11, 27. In einem Satz: Der Sollen-Sollen-Schluss ersetzt Fakten durch Ideologie.

68 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer (1995).

69 *Muthorst*, Grundlagen (Fn. 30), § 7 Rn. 75.

70 Auch so lässt sich *Max Ole Schuckart* (Fn. 67) zusammenfassen.

71 *Wolfgang Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl., Heidelberg 2015 (ich zitiere aus dem Gedächtnis).

72 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer I (1995).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitalvermögen wurde zum aktuellen Marktwert versteuert, Grundvermögen zu dem weit geringeren Wert, den es 20 oder gar 30 Jahre zuvor gehabt hatte. Für diese Bevorzugung des Grundvermögens gab es keinerlei sachlichen Grund. Das BVerfG hätte daher den Gesetzgeber insoweit zum Nachbessern auffordern müssen.

Stattdessen hat es dem Gesetzgeber weit ausholend eine Steilvorlage geliefert, um die Vermögensteuer völlig abzuschaffen. Die Besteuerung des Vermögens als solchen sei ungerecht, weil der Erwerb des Vermögens doch schon einmal versteuert worden war (mit Lohn- und Einkommensteuer, Gewerbesteuer, Kapitalertragssteuer, Schenkungssteuer, Erbschaftssteuer etc.). Daher dürfe vom Erworbenen (Art. 14 GG: Eigentum) allenfalls das versteuert werden, was man mit ihm, etwa auf dem Kapitalmarkt, als zusätzlichen Gewinn erzielt. Oder genauer: erzielen *kann* („Sollertrag"; wer sein Geld nicht arbeiten lässt, ist selber schuld). Und noch genauer: Dieser Sollertrag dürfe nur zu höchstens 50 Prozent versteuert werden („Halbteilungsgrundsatz"[73]). In dieser Weise müsse der Gesetzgeber die Vermögensteuer neu regeln. Und weil der Gesetzgeber dazu nicht in der Lage war (wie soll man auch seriös[74] einen Sollertrag ermitteln?), entfiel die Vermögensteuer zum Stichtag 31. Dezember 1996.

> Die Entscheidung des BVerfG stammte vom 22. September 1995 – dem Gesetzgeber blieb also nur wenig mehr als ein Jahr für eine nicht nur Korrektur, sondern Revolution der Vermögensteuer. Bedenkt man, dass die Gesetzgebung nach dem Beitritt der DDR-Länder zum Bundesgebiet auch sonst einiges zu tun hatte, war das eine schon fast obszön knappe Frist.[75]

Wie auch immer: Was das Gericht zur Vermögensteuer „im Allgemeinen und überhaupt" ausgeführt hat, war für den konkreten Fall überflüssig und in seiner Konsequenz politisch übergriffig.[76] 49

IIb. Regeln II: Gebote

Gebote sind nur auf den ersten Blick nichts anderes als die Kehrseite von Verboten. 50

> Dass es sich bei den meisten der sogenannten „Zehn Gebote" des Juden- und Christentums um *Ver*bote handelt, ändert daran nichts. (Echte *Ge*bote sind nur das dritte und das vierte: Du sollst den Feiertag heiligen, und du sollst Vater und Mutter ehren.)

---

73 Dessen Herleitung war besonders kühn. Art. 14 Abs 2 GG lautet: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen." Aus dieser Wendung wurde gefolgert: Der Sollertrag darf höchstens *zu gleichen Teilen* besteuert werden. Also „zugleich" = zu gleichen Teilen!

74 … und ohne ein Bürokratiemonster.

75 Dass dem Gesetzgeber nach dem geforderten ersten Aufschlag bis 31. Dezember 1996 eine Übergangsfrist von fünf Jahren eingeräumt wurde (Ziffer 2 Satz 2 der Urteilsformel), dürfte die Schwierigkeit jenes ersten Aufschlags nicht vermindert haben.

76 Zu weiterer Kritik am Beschluss siehe schon das Sondervotum des Richters *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, BVerfGE 93, 121 (82 ff.); ferner *Joachim Lege*, Was wir schon immer über das Eigentum sagen wollten – Nassauskiesung und Vermögensteuer, in: ZÖR 2022, 661 (666–669)]. – Vielleicht ganz kurz: Große Vermögen vermitteln große Macht, und nicht alle großen Vermögen wurden redlich erworben.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für unsere Zwecke möchte ich den Unterschied pragmatisch grob wie folgt bestimmen: Der Verstoß gegen ein *Verbot* macht die darauf ruhende Begründung „nicht-mehr-vertretbar" und damit *falsch*. Der Verstoß gegen ein *Gebot* – zum Beispiel gegen das Gebot der Vollständigkeit (Rn. 65–75) – macht die Begründung mangelhaft und *schwach*. Dennoch kann die Begründung insgesamt noch vertretbar sein.[77]

1. Das Gebot der Sachnähe

51 Das wichtigste Gebot ist das Gebot der Sachnähe. Es geht im Recht immer und ganz konkret darum, einer „Sache" gerecht zu werden (dass der Begriff „Sache" vom althochdeutschen *sah-ha* stammt und dies eigentlich Rechtsstreit bedeutet, habe ich schon erwähnt). Wie dies gelingt, ist im Grunde das Hauptthema der juristischen Methodenlehre.

Es ist daher ein wenig amüsant, dass der berühmte Verfassungsrechtler und Bundesverfassungsrichter Konrad Hesse (1919–2005) auf der noch berühmteren „Staatsrechtslehrertagung"[78] zur Methode des Gerichts einmal geäußert hat (Hervorhebung J.L.):

> „(…) wir können nicht — es ist schon gesagt worden — abstrakte Methodendiskussionen führen. (…) Als wesentlich wird es bei uns vielmehr angesehen, und das scheint mir richtig, *daß man baldmöglichst zur Sache kommt*. Wird diese Sache dann in ihrer Eigengesetzlichkeit, mit ihren Problemen, von guten Juristen juristisch gut behandelt, dann können diese Juristen durchaus verschiedene Methoden haben. Es kommen dabei, wie ich meine, tragbare Entscheidungen heraus."[79]

Amüsant ist es deshalb, weil Hesse in seinen „Grundzügen des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland" einer der Pioniere von abstrakten Methodendiskussionen im Verfassungsrecht war.[80]

a) Fallnähe und Textnähe

52 Wie auch immer: Genau besehen hat das „zur Sache kommen" zwei Seiten: Fallnähe und Textnähe. Mit **Fallnähe** ist nicht nur der konkrete Einzelfall gemeint, gemeint ist vielmehr das Geflecht der vielen mehr oder weniger ähnlichen Fälle, in das sich dieser neue Fall mehr oder weniger einfügen muss (oder sagen wir es aktivisch: in das wir diesen Fall möglichst harmonisch einfügen müssen). In dieser Disziplin ist die deutsche Rechtswissenschaft nicht besonders gut geschult.[81]

Wir fabrizieren, wie mehrfach gesagt, viel zu häufig schlechtes Fallrecht (§ 15a Rn. 44–46: Bundesverfassungsgericht; § 28 Rn. 9–16: Abwägungsfehlerlehre, § 17 Rn. 16–39: Gebot der Rücksichtnahme – Schweinemäster).

---

77 Wenn man will, mag man hier eine Parallele zu Robert Alexys Unterscheidung von Regeln (ja oder nein) und Prinzipien (mehr oder weniger) ziehen.

78 Das ist, grob gesagt, der jährliche Kongress der Professoren und Habilitierten des Öffentlichen Rechts im deutschen Sprachraum.

79 *Konrad Hesse*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 39 (1980), S. 207 f. Thema der Diskussion war: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen.

80 Siehe schon § 15c Rn. 11–16.

81 Nebenbei: Disziplin kommt wirklich von lateinisch *discipulus* = der Schüler.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Gleiche gilt für das Gebot der **Textnähe**, denn damit ist gemeint: Nähe zu den **autoritativen** Texten, zu der – wenn man so will – Primärliteratur des Rechts statt zu den Metatexten, die daran anschließen. In der deutschen Jurisprudenz besteht demgegenüber oft die Neigung – und dies besonders im Verfassungsrecht – die juristische Sekundär- oder gar Tertiärliteratur für den maßgeblichen Text zu halten – und sich an ihm dann mühsam abzuarbeiten. 53

Beispiel 1. Der autoritative Text des § 1 Abs. 7 BauGB lautet: „Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen." Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu – ohne dass der konkrete Fall dies erforderte – eine komplizierte „Planungsfehlerlehre" entworfen (= Sekundärliteratur), die sodann von der Rechtslehre aufgegriffen wurde (= Tertiärliteratur) und seither so „durchgeprüft" wird, als sei *sie* das Gesetz. Dass es dabei immer wieder knirscht, ist kein Wunder. Würde man beim Gesetzestext bleiben, würde sich im Lauf der Zeit eine Kasuistik der „dicken Hunde" ergeben, in denen dieses Abwägungsgebot eindeutig verletzt wurde (Korruption,[82] Schweinemästerei neben Wohnbebauung[83] etc.) – und es sollten, wegen der Planungshoheit der Gemeinde, auch nur solche Fälle gerichtlich gerügt werden. 54

Ich nenne dies die „Dicker-Hund-Theorie".[84] Die Engländer sagen: *We will cross that bridge when we come to it.*

Beispiel 2. Im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit behördlicher Warnungen vor gefährlichen Produkten (Weine, Sekte) und gefährlichen Religionen („Jugendsekten") gab es eine jahrelange, höchst diffizile Diskussion um den richtigen Begriff vom „Eingriff" – gemeint: Eingriff in Grundrechte.[85] Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Streit mit Recht beiseite gewischt: Der Begriff „Eingriff" ist im Grundgesetz, als dem Primärtext, keineswegs zentral. Das Gesetz spricht nur ein einziges Mal davon, dass in ein Grundrecht „eingegriffen" werden darf, nämlich in Art. 2 Abs. 2 GG (Leben, körperliche Unversehrtheit, Fortbewegungsfreiheit), im Übrigen ist von „einschränken" die Rede. Deshalb im Ergebnis richtig, wenngleich im Ton etwas rüde: 55

> „Das Grundgesetz hat den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben. Die genannten Äußerungen [d.h. Warnungen] hatten in Bezug auf die Beschwerdeführer eine mittelbar faktische Wirkung. Als Beeinträchtigungen des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sind aber auch sie von Verfassungs wegen nur dann nicht zu beanstanden, wenn sie sich verfassungsrechtlich hinreichend rechtfertigen lassen."[86]

---

82 Dies war offenbar der Hintergrund der berühmten Entscheidung BVerwGE 45, 309 (320) – Flachglas (1974); dazu schon § 28 Rn. 11.

83 BVerwGE 52, 122 – Schweinemäster (1977); dazu schon § 17 Rn. 16–39 (17).

84 Siehe § 15a Rn. 72, § 18 Rn. 34–38; speziell für das Bauplanungsrecht: *Joachim Lege*, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre"? in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374 (365, 373 f.).

85 Mein Beitrag dazu: *Joachim Lege*, Nochmals: Staatliche Warnungen, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1999, S. 569–578.

86 BVerfGE 105, 279 (300 f.) – Osho (2002). Die Osho-Sekte des Inders Rajneesh Chandra Mohan (auch „Bhagwan") hatte in den 1970er und 1980er Jahren den größten Zulauf, die Mitglieder waren an ihrer roten Kleidung und einer hölzernen Halskette („Mala") zu erkennen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Insbesondere: Die sogenannten „Obersätze" der obersten Gerichte

56 Besonders wichtig hervorzuheben ist: Auch die sogenannten „Obersätze" der hohen und höchsten Gerichte (Oberlandesgerichte, Oberverwaltungsgerichte, Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht etc.) sind gerade **nicht der Text, um den es wirklich geht** – und gehen sollte. Wirklich rechtlich bindend ist allein der Text des jeweiligen Gesetzes, er allein ist der *autoritative* Text, an den das Gericht und alle Rechtsunterworfenen gebunden sind (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG). Die sogenannten „Obersätze" der Gerichte sind nichts anderes als Interpretationen dieses Textes, wenn man so will: Sekundärliteratur. Oder methodologisch korrekt: Die sogenannten „Obersätze" der Gerichte sind **dogmatische Sätze**, sie enthalten die Dogmen (= Rechtsmeinungen) der Gerichte.[87] Sie sind also nicht selbst schon „Rechtssätze"[88] oder gar „Rechtsquellen", kurz: nicht schon selbst das geltende Recht.[89]

57 Ein Beispiel, es geht um die Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und bloßer Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) im Strafrecht (Hervorhebung J.L.):

> „Im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB gemeinschaftlich handelt, wer einen eigenen Tatbeitrag leistet und diesen so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst, ebenso wenig eine Anwesenheit am Tatort; ausreichen kann vielmehr ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Stets muss sich die objektiv aus einem wesentlichen Tatbeitrag bestehende Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Ob danach fremde Tatbeiträge gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen sind, ist aufgrund einer **wertenden Gesamtbetrachtung** aller festgestellten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Dabei sind die maßgeblichen Kriterien der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen."[90]

An diesen „Obersätzen" ist zweierlei gefährlich:

aa) Obersätze und „Obersätze"

58 Erstens: dass man sie „Obersätze" nennt. Im Sinn der Logik ist der *Obersatz* die allgemeine Prämisse („Alle Menschen sind sterblich"), die besondere Prämisse („Sokrates ist ein Mensch") demgemäß der *Untersatz*. Das, was „Menschen" als solche kennzeich-

87 Zustimmend die Vorsitzende Richterin am BGH *Gabriele Cirener* auf der Tagung der IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in Bayreuth am 26.09.2024. Ihr Vortrag mit dem Titel „Methoden des BGH in Strafsachen" ist mittlerweile erschienen im Tagungsband: Carsten Bäcker (Hrsg.), Methoden des Rechts, Stuttgart 2025, S. 155-160.

88 Nach dem ganz herrschenden Sprachgebrauch sind dies Sätze, die von der hierzu befugten rechtsetzenden Instanz erlassen werden und unmittelbar aussagen, was als Recht gilt, zum Beispiel in § 211 StGB: „Wer einen anderen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen." Grob gesagt: Rechtssätze enthalten unmittelbar das geltende Recht. (Erwähnenswert aber: Bei Hans Kelsen ist der Sprachgebrauch ein anderer.)

89 Zumindest missverständlich daher *Jörg Eisele*, Anmerkung zu BGH NStZ-RR 2023, 169 – Postjacke – (Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport), in: JuS 2023, 793 (794) (Juristische Schulung): „Sodann ist – und dies gilt gerade auch für Prüfungsarbeiten – der Sachverhalt präzise unter die Kriterien der Rechtsprechung zu subsumieren."

90 BGH NStZ-RR 2023, 169 – Postjacke; zum Sachverhalt siehe Fn. 104.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

net, so dass man Sokrates darunter subsumieren kann („haben zwei Beine und können sprechen"), ist also nicht der Obersatz, sondern nur die Definition eines seiner Merkmale. Demgemäß lautet denn auch das Grobschema, das man den Studenten zum Gutachtenstil einbläut, zumeist:

Obersatz – Definition – Subsumtion – Ergebnis.[91]

In *diesem* Schema sind die „Obersätze der Gerichte" also gerade nicht der Obersatz, sondern *Definitionen* von Bestandteilen des Obersatzes[92]. Warum muss man die Studenten, mehr noch: die juristische Sprache derart verwirren?

Dass Äquivokationen leicht missbraucht werden können, haben wir gezeigt (Rn. 26–38). Und es gibt in der akademischen Rechtswissenschaft wirklich Kollegen, die die Obersätze der Gerichte für Rechtssätze halten!

bb) Intensionale Überdetermination („wir texten uns zu")

Gefährlich ist zweitens: Die „Obersätze" sind viel zu lang – wohl weil das Obergericht mit ihnen alle denkbaren Fälle erfassen will. Eben deshalb werden die „Obersätze" dann auch von den Anwälten und den Studenten[93] gern in ganzer Breite per *copy and paste* in die Klausur oder in den Schriftsatz hineinkopiert – in durchaus berechtigter Furcht, sonst etwas Entscheidendes zu übersehen. Paradoxerweise führt dieses Sichauspowern bei der abstrakten Bestimmung des Begriffs (Fachausdruck: Begriffsinhalt oder Intension[94]) dann aber dazu, dass Student oder Anwalt bei der Würdigung des konkreten Falls – auf die es doch ankommt – nur noch formel- und bruchstückhaft „abliefert".[95] 59

Also etwa (erfundenes Beispiel): „A hat den B zum Tatort gefahren. Darin liegt ein/kein eigener Tatbeitrag, der sich so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung des B und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des Tatanteils des A erscheint."

Man findet hier also das, was wir auch schon im Baurecht bei der Abwägungsfehlerlehre beobachtet haben (§ 15a Rn. 61): eine „intensionale Überdetermination", die genau das verhindert, was sie vermutlich erreichen will: dem konkreten Fall gerecht zu werden.

---

91 Es ist sogar noch schlimmer: In diesem Kontext wird als „Obersatz" generell der Einleitungssatz des Gutachtens bezeichnet – und dann wird insoweit durchaus Unterschiedliches vorgeschlagen. Zum Beispiel https://jurcase.com/der-juristische-gutachtenstil/: „A könnte einen Anspruch auf Zahlung von 3000 € gegen B aus dem Kaufvertrag über den PKW gemäß § 433 Abs. 2 BGB haben."

Anders https://www.juracademy.de/recht-praktisch/article/obersatz-strafrechtsklausur: „A könnte sich gem. § 242 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Uhr des B in seine Hosentasche steckte" – wo zugleich dezidiert als falsch gebrandmarkt wird: „A könnte sich gem. § 242 StGB strafbar gemacht haben, indem er eine fremde bewegliche Sache wegnahm."

Ganz sparsam hingegen der Obersatz bei https://www.juraindividuell.de/blog/gutachtenstil-in-klausur-und-hausarbeit/: „A könnte sich der Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben." – Alle Aufrufe zuletzt am 25.3.2025.

92 Im Vollständigen Juristischen Syllogismus – VJS, dazu § 8 – ist es der zweite der fünf Sätze.

93 … und den Staatsanwälten und den unteren Instanzen …

94 Dazu § 9 Rn. 22–24, § 15a Rn. 5 und 49 f.; zum Gebot intensionaler Zurückhaltung im Rahmen einer Ethik der Interpretation autoritativer Texte: § 15c Rn. 82.

95 Dies jedenfalls der Eindruck vieler Praktiker.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anders gewendet: Wir texten uns mit Meta-Texten zu.[96] Dadurch geraten sowohl der autoritative Text („das Gesetz“[97]) als auch der Fall aus dem Blick.[98]

cc) „Wertende Gesamtbetrachtung“ (um vor lauter Bäumen den Wald zu erkennen)?

60 Hinzu kommt: Der lange, detaillierte Meta-Text kann dazu führen, dass man das Ganze gerade nicht mehr erfasst – man sieht den Wald vor lauter Bäumen nicht. Aus diesem Grund soll es dann etwa, um beim Beispiel von Täterschaft und Teilnahme zu bleiben, am Ende auf eine „wertende Gesamtbetrachtung“[99] ankommen. Führt man sich nun vor Augen, wie (1) *zahlreich* die im oben zitierten „Obersatz“ aufgeführten Aspekte sind und (2) wie *unscharf* manche Formulierung …

> „nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen“, „ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag“, „Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens [?] der Wille dazu [??]“

… so wird man schon dies nicht gerade für ein Muster an Rechtssicherheit halten können. Wie sollen dann aber diese vielen Vagheiten durch eine „wertende Gesamtbetrachtung“ zu einem „bestimmteren“ Begriff werden? Es ist sehr zu bezweifeln, dass eine solche „Methode“ dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt. (Er hat, dies für die Nicht-Juristen, als Teil des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang.)

dd) Ein Plädoyer für schöne Untersätze

61 Methodisch sauber wäre daher, wie folgt zu verfahren[100]: Man nehme als Einstieg den autoritativen Text des Gesetzes und seine – kurze! – dogmatische Erläuterung. Also etwa:

> „Mittäter ist, wer die Tat gemeinschaftlich mit einem anderen begeht (§ 25 Abs. 2 StGB). Dies setzt einen gemeinsamen Tatplan und eine gemeinsame Tatausführung voraus.“

---

96 Siehe auch schon § 15a Rn. 47.

97 Ich gebe allerdings zu, dass das Gesetz auf den ersten Blick nicht viel hergibt. § 25 Abs. 2 StGB lautet: „Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).“ Im Kontrast dazu § 27 Abs. 1: „Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.“ Aber mir fällt jetzt auf: Ich würde mich zur Abgrenzung auf den Begriff „Hilfe leisten“ stürzen – und frage mich, warum der BGH dies so wenig tut. Das verengt den Blick, meist wohl zu Lasten des Angeklagten. – Zu den *biases* der Wahrnehmung s. § 35 III-V.

98 Kritisch – und deutsch-französisch rechtsvergleichend – zur Obersatz-Technik und zu den immer längeren Entscheidungen auch *Claus Dieter Classen*, Der Richter zwischen Dialog und Entscheidung, in: JZ 2015, 581-588 (585).

99 Beliebt aber auch im Verfassungsrecht, aktuell: BVerfG, Urteil vom 15.07.2025 – 2 BvR 508/21 – US-Drohneneinsätze im Jemen von Ramstein aus: viel Obersatz, viel *obiter dictum* (Rn. 47-49, auch schon § 11 Rn. 16, § 14 Rn. 57 f.) – und am Ende die „wertende Gesamtbetrachtung“ in acht von 161 Absätzen (Rn. 152-159) mit dem Ergebnis: All dies liegt in diesem Fall jedenfalls nicht vor.

100 Das Ganze erinnert wohl nicht zufällig auch an das Epicheirema (vollständiger rhetorischer Syllogismus) die antiken Gerichtsrhetorik, s.o. § 2 Rn. 21–22.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darauf folgt die Würdigung des Sachverhalts im Hinblick auf diesen Obersatz (und dessen Erläuterung) mit „Untersätzen“[101], die sich *wirklich konkret*[102] auf die Extension (den Umfang) des Begriffs beziehen. Also etwa:

> „Wenn nur einer der beiden Beteiligten davon ausgeht, der andere werde ihm bei drohender Festnahme durch die Polizei mit der Waffe ‚Schützenhilfe‘ leisten, fehlt es an einem *gemeinsamen* Tatplan.“[103]

> „Wer bei Planung und Durchführung der Tat von Anfang bis Ende dabei ist und nicht unwesentliche Beiträge liefert (z.B. Chauffeurdienst und Zurverfügungstellung einer Postuniform), ist Teil einer *gemeinsamen* Tatausführung.“[104]

Da käme im Lauf der Zeit doch eine schöne Kasuistik heraus (vgl. § 15a Rn. 65–67)!

Und man sollte wohl auch die Fähigkeit der unteren Instanzen und überhaupt der Menschen zur Analogiebildung[105] im Bereich des Begriffsumfangs (Extension) nicht unterschätzen. Wenn es in der Bibel heißt: 62

> „Du sollst dem Ochsen, der da drischt, nicht das Maul verbinden“[106] (damit er kein Getreidekorn für sich selbst abzweigt), …

… dann kann jeder daraus leicht den „Obersatz“ bilden: Wer die Arbeit tut, wer brav seinen Dienst verrichtet, dem gegenüber soll man man nicht kleinlich sein. Wenn also ein Polizeibeamter sein Dienstfahrzeug aus Versehen mit Super statt Diesel betankt (was den Motor stark schädigt), dann sollte sein Dienstherr – z.B. das Land Mecklenburg-Vorpommern – ihn nur dann auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn der Polizist äußerst nachlässig gehandelt hat.[107]

---

101 Es wären natürlich keine echten Untersätze im Sinn der Logik, sondern Erläuterungen des entscheidenden Untersatzes im Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS), der z.B. lauten könnte: „A hat die Tat *nicht* gemeinschaftlich mit dem B begangen.“

102 Gemeint ist also nicht der Schwurbelbegriff „Konkretisierung“ (§ 15c Rn. 4–28), sondern das, was im kon-kreten Fall „zusammenwächst“: der Sinnzusammenhang des Rechts mit den sonstigen Sinnzusammenhängen des Sachverhalts (vgl. § 24).

103 Vgl. den Fall BGHSt 37, 289 – Hafturlauber/Heckenfall (1991) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen Band, Seite). Konkret hatte sich der Angeklagte bei der drohenden Verhaftung nicht an den Schüssen auf die Polizisten beteiligt, sondern sich mit erhobenen Händen rücklings in die Hecke fallen lassen. Der BGH hat ihn in seiner „wertenden Betrachtung“ dennoch als Mittäter, nicht nur als Gehilfen angesehen.

104 BGH NStZ-RR 2023, 169 – Postjacke; es ist der Fall, aus dem unser Obersatz-Beispiel stammt (s.o. bei Fußn. 90). Hier hatte der Angeklagte seinem Mittäter den Tipp zur Tat gegeben, einige Gehilfen vermittelt, ein Auto gemietet, die Bande zum Tatort gefahren, dem Täter seine Postjacke geliehen, damit das Opfer ihn in die Wohnung lässt (eine Frau, die ausgeraubt werden sollte), und die Bande auch wieder fortchauffiert.

105 Zu deren logischer Struktur § 16 Rn. 33–35, Prüfschema Rn. 37–40.

106 5. Buch Mose (Deuteronomion) Kapitel 25, Vers 4. „Dreschen“ bedeutet: die Getreidekörner aus den Ähren herausquetschen, hier: indem der Ochse drauftritt.

107 Bedenklich daher BVerwG, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport (NVwZ-RR) 2017, 546: Erst wird gesagt, der Polizist hafte nur dann, wenn sein Fehlverhalten „schlechthin unentschuldbar“ war, sodann, er habe „Verhaltenspflichten missachtet, die jedem Kraftfahrzeugführer beim Betanken eines Kraftfahrzeugs ohne Weiteres einleuchten. Umstände, die Anlass geben könnten, im konkreten Fall den Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht ausnahmsweise anders zu bewerten, hat das *VG* nicht festgestellt“ (Rn. 14, 16). Das scheint mir zu verkennen, dass man für ein „unentschuldbares“ Fehlverhalten ein bisschen mehr wissen müsste. – Noch krasser OVG (Oberverwaltungsgericht) Koblenz, in: NVwZ-RR 2004, 366 (367). Der Polizist hatte vorgebracht, der hochwertige Mercedes habe sich „weder im Fahrverhalten noch von den Fahrgeräuschen her von einem benzinbetriebenen Wagen

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

* * *

In diesem Sinn weiter mit dem ersten Gebot juristischer Gelungenheit: dem Gebot der Sachnähe!

c) „Kontextualisierung" und Narrativität

63 Die beiden Gebote der Fallnähe und der Textnähe kommen gewissermaßen unter neuer Betonung zusammen in der Forderung nach „mehr Kontextualisierung", so wie sie vor allem von Oliver Lepsius in den Diskurs eingeführt wurde.[108] Zu ihr haben wir im Kontext der Verfassungsinterpretation schon Stellung bezogen und insbesondere ihrer Kritik an der „Maßstab-Methode" des Bundesverfassungsgerichts[109] uneingeschränkt zugestimmt.

Wir haben diese Methode darüberhinaus als Patchwork-Dogmatik charakterisiert (§ 15a Rn. 42).

64 Deshalb soll hier lediglich der zusätzliche Aspekt betont werden, den das Stichwort „Kontextualisierung" dem Gebot der Sachnähe hinzufügt: Es ist die doppelte **Geschichtlichkeit** des Falls (in seinen „Fallreihen"[110]) und des Textes (in seinen zeitgebundenen Interpretationen). Deshalb sollten wir diese Geschichten vielleicht im wahrsten Sinn des Wortes *besser erzählen* – ich selbst habe mich immer darum bemüht[111] (siehe auch oben die *story* zur Notarhaftung[112] und sogleich die *story* zu den Windkraft-GmbHs[113]). Kurz: Der Jurisprudenz würde etwas mehr **Narrativität** (Erzählkunst) gut tun – an Stelle der beliebten Zitat-Kombinatorik (Patchwork-Dogmatik[114]).

Bereits erwähnt habe ich (§ 30 Rn. 1) den Spielberg-Film „Amistad". Darin geht es um die Herausgabe eines spanischen Schiffs samt seiner Ladung, bestehend aus afrikanischen Sklaven, an die spanische Krone. Die Sklaven – mit dem Schiff in die USA gelangt – wehren sich dagegen vor Gericht, und ihr Anwalt sagt: „Vor Gericht gewinnt immer derjenige, der die bessere Geschichte erzählt".[115]

[unterschieden]". Das Gericht hat dies als erschwerend gewertet! – In Erinnerung ist mir des Weiteren ein Fall, in dem der Polizist sich an der Tanke von einem Bürger in ein Gespräch verwickeln ließ und deshalb abgelenkt war. Auch ihn ließ das Gericht für den Schaden haften.

108 *Oliver Lepsius, Kontextualisierung als Aufgabe* der Rechtswissenschaft, in: JZ 2019, 793–802.

109 *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281.

110 Der Begriff stammt von *Jan Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 9–11 et passim (Latein für: und durchgehend).

111 Vom Titel her vielleicht am deutlichsten: *Joachim Lege*, 30 Jahre Nassauskiesung. Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, in: JZ 2011, S. 1084–1091.

112 Rn. 28–40; kleine Fortsetzung sogleich Rn. 66.

113 Rn. 67–75.

114 Besonders ausgeprägt beim BVerfG, siehe § 15a Rn. 31–36, 42.

115 Und das sind die Sklaven mit ihrer ganzen Geschichte: Wie sie in Afrika gewaltsam erbeutet, wie sie per Schiff über den Atlantik transportiert, wie sie auf Kuba verkauft werden; wie sie sich dann auf dem Schiff, das sie weitertransportieren soll, befreien können und Kurs auf die USA nahmen. – Der Film beruht auf den realen Amistad-Prozessen des Jahres 1839. – „Afrikanische Sklaven" ist ungenau: Die Afrikaner waren in Afrika „erbeutet" worden und sollten in die Sklaverei verkauft werden – rechtlich war dies, jedenfalls nach Ansicht des Supreme Court (40 U.S. 518 [593]), noch nicht wirksam geschehen: „If then, these negroes are not slaves, but are kidnapped Africans, who, by the laws of Spain itself, are

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Das Gebot der Vollständigkeit

Ein weiteres Gebot der Gelungenheit ist das Gebot der Vollständigkeit: *Nur* die relevanten Gesichtspunkte, aber auch *alle* relevanten Gesichtspunkte müssen in der Entscheidung beachtet und genannt werden, vor allem auch die Gegengründe: *audiatur et alters pars*.[116] Und natürlich muss, wenn zitiert wird, auch vollständig zitiert werden. 65

a) Sünde Nr. 1: Unvollständige Zitate – Notare sind auch nur Menschen (Reprise)

Verstöße gegen dieses einfach-handwerkliche Gebot (Handwerk durchaus noch im Sinn von *banausía*, nicht schon von *téchnê*) sind gar nicht so selten. Als besonders hübsches Beispiel können wir den Fall der Notarhaftung aufgreifen, den wir oben ausführlich analysiert hatten (§ 34 Rn. 28–40). Dort hatte der BGH ja zu Gunsten des Notars formuliert: 66

> „Es ist keineswegs unsozial, wenn die Personen, die einen notariellen Vertrag geschlossen haben, gehalten sind, ihr bestes zu tun, um einen Schaden abzuwenden, der durch ein normales *menschliches* Versagen eines Notars entstehen kann [Hervorhebung J.L.]."[117]

Dieser Satz wird – wörtlich und zustimmend – auch heute noch im Beck-Online-Kommentar zur Bundesnotarordnung zitiert.[118] Ausgelassen wird lediglich – ohne die Auslassung kenntlich zu machen (!) – das Wort „menschliches". Es wäre dann doch zu peinlich.

b) Sünde Nr. 2: Unvollständig abgearbeitete Gesetze – die Windkraft-GmbHs

Durchaus bedenklich ist es auch, wenn in einer Entscheidung die Gesetze unvollständig abgearbeitet werden – vor allem, wenn dies bewusst erfolgt. In diesem Verdacht steht eine neuere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG: die Entscheidung „Windkraft-GmbHs". Gegenstand war ein irreführend so bezeichnetes „Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz" des Landes Mecklenburg-Vorpommern (M-V).[119] Es schrieb und schreibt vor, dass im Land M-V erstens Windkraftanlagen nur in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) betrieben werden dürfen. Zweitens müssen zwanzig Prozent der Gesellschafteranteile an die ortsansässige Bevölkerung und die betroffenen Gemeinden verkauft werden. Dadurch soll in der Bevölkerung die Akzeptanz der Windkraft gestärkt werden.[120] 67

* * *

---

entitled to their freedom, and were kidnapped and illegally carried to Cuba, and illegally detained and restrained on board of the Amistad; there is no pretence to say, that they are pirates or robbers."

116 Wörtlich: Auch die andere Partei muss gehört werden. – In gewisser Weise ist dieser Satz der allererste Grundsatz des Gebotes der Vollständigkeit.

117 BGH NJW 1974, 639 (640).

118 *Sabine Schramm*, in: Eschwey, BeckOK BNotO, 9. Edition, Stand 01.02.2024, § 19 Rn. 150.

119 Gesetz vom 27.5.2016, GVOBl. M-V 2016, 258 (Gesetz- und Verordnungsblatt Mecklenburg-Vorpommern). Amtliche Abkürzung des Gesetzes: BüGembeteilG M-V.

120 Gesetzentwurf der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern, Landtags-Drucksache 6/4568, S. 1, 2, 23 und öfter.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

68 Das Ganze ist verfassungsrechtlich problematisch, wenn man das Windkraft-Gesetz an Art. 14 GG misst:

Es könnte sich nämlich um eine Enteignung handeln: Den Gründern der GmbH werden Gesellschafteranteile entzogen, und die Anteile werden auf andere Personen zu deren Nutzung[121] übertragen. Eine Enteignung aber ist nur zulässig „zum Wohle der Allgemeinheit" (Art. 14 Abs. 3 GG) – und ob die Schaffung politischer Akzeptanz ein hinreichend konkretes Gemeinwohlprojekt im Sinn dieser Vorschrift ist, das muss man sehr bezweifeln.[122] Selbst wenn man nicht von einer Enteignung ausgeht, könnte das Gesetz eine Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums sein (Art. 14 Abs. 1 Satz 2) – weil, wie in einem wirklich berühmten Präjudiz, die Entstehung des GmbH-Eigentums von vornherein damit belastet ist, einen Teil des gerade erst entstandenen Eigentums auf andere zu übertragen.

Im Präjudiz ging es um die Pflichtexemplare von Druckwerken, die man als Verleger an die Landesbibliothek abzuführen hatte.[123]

69 Auf beide Aspekte war das Gericht vor seiner Entscheidung rechtzeitig hingewiesen worden.[124] Deshalb muss man es schon als eine lückenhafte Argumentation bezeichnen, wenn es in dem nach langer Zeit[125] gefällten Urteil[126] lediglich heißt:

„[162] Die angegriffenen Regelungen greifen daneben nicht in Art. 14 Abs. 1 GG ein.

[163] Art. 12 Abs. 1 GG verdrängt als das sachnähere Grundrecht Art. 14 Abs. 1 GG, wenn ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungsfähigkeit eingreift und weniger die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter begrenzt (vgl. BVerfGE 84, 133 <157>; 85, 360 <383>).

[164] So liegt es hier. Die Beschwerdeführerin möchte in Mecklenburg-Vorpommern Windenergieanlagen errichten und betreiben, ohne hierfür eine Projektgesellschaft gründen und Anwohner sowie Standortgemeinden an derselben gesellschaftsrechtlich oder wirtschaftlich beteiligen zu müssen. Art. 14 GG ist dafür kein Prüfungsmaßstab. Das gilt insbesondere auch insoweit, als die Vorhabenträger den Standortgemeinden gegen ihren Willen [!] Anteile an der Projektgesellschaft veräußern [!] müssen,[127] wenn diese dem Alternativangebot zur Zahlung einer Abgabe ihre Zustimmung verweigern (§ 10 Abs. 7 Satz 2 BüGembeteilG). Darin liegt keine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG, weil der Staat nicht gezielt auf Anteile einzelner Vorhabenträger an Projektgesellschaften zugreift, um mit diesen Anteilen bestimmte öffentliche Aufgaben

121 Ein wenig Rechtstechnik: „Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt" (§ 100 BGB). „Früchte" sind daher z.B. auch Zinsen (§ 101 Ziff. 2 BGB).

122 *Joachim Lege*, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz? Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung" an Windkraftanlagen, in: NVwZ 2019, 1000–1005.

123 BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981).

124 *Lege*, Windkraftanlagen (Fn. 122).

125 Die Verfassungsbeschwerde wurde im Jahr 2017 erhoben, erst im Jahr 2022 wurde über sie entschieden. Erklärung: Das BVerfG hat zunächst mit voller Breitseite dem Klimaschutz auf Verfassungsebene eine Art höchste Priorität zugeschrieben – BVerfGE 157, 30 aus dem Jahr 2021 – und dann, sozusagen in dessen Windschatten, das „BüGembeteilG M-V" als Nachhut durchgewinkt. Das soll so strategisch klingen, wie es klingt (altgriechisch *stratēgía* ist die Heeresführungskunst).

126 BVerfGE 161, 63 – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022).

127 Also: ein klarer „Zwangskauf" (= Enteignung).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erfüllen zu können (vgl. BVerfGE 101, 239 <259>; 104, 1 <10 f.>; zum eigentumsrechtlichen Schutz von Anteilseigentum BVerfGE 50, 290 <341 ff.>; 132, 99 <119 Rn. 52>)."

Kein Wort, wie man sieht, zur Inhalts- und Schrankenbestimmung.

* * *

Man kann sogar eine noch erheblich längere Liste der Unvollständigkeiten erstellen: 70

Erstens. Die Begründung, dass in diesem Fall das schwächere, weil leichter einschränkbare Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG „sachnäher" ist als das Eigentum, ist reichlich dünn (auch in Absatz [43], wo der Schutzbereich des Art. 12 GG bejaht wird, findet sich nicht mehr an Substanz). Auch dass ein schwächeres Grundrecht ein stärkeres „verdrängt", wenn dieses „weniger" betroffen ist, schmeckt merkwürdig (und wird auch nur mit zwei „vgl."-Nachweisen gestützt).

> Nach einfacher und eingängiger Formel schützt Art. 12 GG den Erwerb, Art. 14 GG das Erworbene. In diesem Fall sind die Windkraft-GmbH-Anteile gerade schon mit Gründung der Gesellschaft „erworben" – wie man mit ihnen auf welche Weise Geld „erwirbt", folgt dem nach. Wie wäre es, wenn z.B. Banken von den Grundstücken, auf denen sie ihre Geschäfte betreiben, 20 Prozent als Miteigentumsanteile an die ortsansässige Bevölkerung und die Gemeinden verkaufen müssten, um diese „an der Konjunktur zu beteiligen"[128] und dadurch die Akzeptanz der Boden- und Finanzpolitik zu steigern?[129]

Zweitens. Überhaupt nichts findet sich zur ebenfalls einschlägigen negativen Vereinigungsfreiheit („ich will keine Gesellschaft gründen müssen ...") aus Art. 9 Abs. 1 GG. 71

c) Sünde Nr. 3: Selektive Auswertung des Sachverhalts

Drittens (das geht jetzt ins Detail und leitet über zur selektiven Auswertung des Sachverhalts): Was die Steigerung der Akzeptanz in der Bevölkerung angeht, so verweist das Gericht auf eine Umfrage, die ein Meinungsforschungsinstitut im Auftrag der Landesregierung M-V in M-V durchgeführt hatte, und auf eine bundesweite telefonische Umfrage. Zur ersten (übrigens ebenfalls telefonischen) Umfrage führt das Gericht aus: 72

> „[113] So befürworteten bei einer im Auftrag der Landesregierung in Mecklenburg-Vorpommern im Jahr 2015 durch das Meinungsforschungsinstitut TNS Emnid durchgeführten Befragung (Repräsentative Bevölkerungsbefragung in Mecklenburg-Vorpommern zum Thema Windkraft, November 2015) rund drei Viertel der Befragten die Möglichkeit einer finanziellen Teilhabe von Anwohnern und Standortgemeinden an neuen Windparks als gute oder sogar sehr gute Maßnahme."

128 Die Formulierung stammt aus einem ganz anderem Bereich, nämlich aus dem Besonderen Staatshaftungsrecht, siehe *Joachim Lege*, Baurecht auf Zeit und Planungsschadensrecht. Hat der Eigentümer Anspruch auf Teilhabe an der Konjunktur?, in: Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2007, S. 97–102.

129 Und wie wäre es, wenn Bundesverfassungsrichter Grundstücke nur noch mit einer Reallast zu Gunsten eines Klimaschutzfonds erwerben dürften – um die politische Akzeptanz ihrer Klimaschutz-Rechtsprechung zu erhöhen? Wäre auch dies nur eine Berufsausübungsregelung?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schaut man sich das *framing* (dazu § 35 Rn. 49) der Umfrage genauer an, findet man in der Bevölkerung freilich weniger Enthusiasmus. So liest man in einer damaligen Zusammenfassung[130] als Einstellung zur Windenenergie zunächst allgemein:

> „Windenergieanlagen (WEA) an Land sollen nach Meinung von 41 % der Befragten im Rahmen der Energiewende bevorzugt ausgebaut werden. Im Vergleich zu den anderen abgefragten Energieformen, schneidet die Windenergie am schlechtesten ab."

73 Die unmittelbar-erste Frage nach einer Akzeptanzsteigerung lautete sodann[131] (Hervorhebungen J.L.):

> „Wenn Sie vom Bau von Windkraftanlagen in Ihrer unmittelbaren Nachbarschaft **profitieren** würden, **z.B. durch** verbilligten Strom, durch direkte **Beteiligung** an der Anlage **oder** durch sonstige **finanzielle Vorteile**: Würden Sie solche Anlagen dann in Ihrer unmittelbaren Nachbarschaft **eher akzeptieren**?"

Diese Frage wurde von nur **51 Prozent** der Befragten bejaht („würde eher akzeptieren").

Umso erstaunlicher auf den ersten Blick der Stimmungswandel zur nächsten Frage:

> „Finden Sie es richtig, wenn Bürger und Gemeinden, die in der Nähe eines Windparks wohnen bzw. sind, ein Angebot für eine finanzielle Beteiligung an diesem Windpark bekommen?"

Dies fanden – nicht für sich persönlich, sondern ganz abstrakt – 74 Prozent „richtig". Und bei der Anschlussfrage (mit ihr war „die Katze aus dem Sack") hielten sogar 77 Prozent das geplante neue Gesetz für eine gute oder gar sehr gute Idee. Allerdings wird bei diesem *framing* die vom BVerfG zitierte Zustimmung von „rund drei Viertel der Befragten [zur] Möglichkeit einer finanziellen Teilhabe" doch stark relativiert. Grob gesagt: Es sind dann nur 51 Prozent von jenen drei Vierteln, macht **38 Prozent**.

> Der Rest wird sich gedacht haben: Na gut, vielleicht erhöht es die Akzeptanz wenn schon nicht bei mir, dann vielleicht bei anderen. Da will ich doch kein Spielverderber sein.

74 Viertens. Nein, es ist nicht nur gekränkte Eitelkeit: Aber wenn in der Rechtswissenschaft sehr rechtzeitig[132] und sehr deutlich dafür plädiert wurde, Art. 14 GG als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, dann darf man dies nicht einfach verschweigen.

> Nein, wirklich nicht.[133]

---

130 https://www.fachagentur-windenergie.de/themen/akzeptanz/umfragesynopsen/befragung-mecklenburg-vorpommern-2015/ <04.02.2022>.

131 https://www.regierung-mv.de/serviceassistent/_php/download.php?datei_id=1571711 <07.09.2025>, auch zum Folgenden.

132 Ich hatte bei meinem Aufsatz (Fn. 122) die Worte des legendären Verfassungsrechtlers und Richters des Bundesverfassungsgerichts *Konrad Hesse* im Ohr, der mir einmal sagte: „Und hinterher wissen es dann wieder alle besser". Und natürlich hatte ich den Aufsatz dem Berichterstatter geschickt (nein, es war nicht *Gabriele Britz*, auch wenn sie es war, die das Urteil gleich bei seinem Erscheinen vorsorglich verteidigt hat, der Titel des Aufsatzes lautete: Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825–834; eigentlich sehr seltsam – dieses Schreiben hoher Richter in eigener Sache).

133 Gut, das Gericht muss nicht jede wissenschaftliche Meinung zitieren. Aber wenn es in der Sache zentral, einigermaßen vertretbar und zudem eine von wenigen Äußerungen ist …

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Widerlegung der Gegenargumente

Um die Sache am Ende ins Positive zu wenden: Wirklich gelungen ist eine Begründung erst dann, wenn sie nicht nur Argumente für die eigene Lösung bringt, sondern sich auch mit den Gegenargumenten überzeugend auseinandersetzt und sie im besten Fall nachvollziehbar widerlegt. Erst dann ist dem Gebot der Vollständigkeit Genüge getan. 75

Ohnehin ist es bei der Entscheidungsfindung ratsam, sich intensiv mit den Begründungen des Gegners auseinanderzusetzen. Oft gelangt man gerade dadurch – letztlich per Abduktion (§ 6 III) – zu einer neuen Idee.[134]

3. Das Gebot der Geschlossenheit oder: Der Zauber syllogistischer Begründung

Wir haben uns mit dem Gebot der Vollständigkeit und gelegentlichen Verstößen dagegen recht ausführlich beschäftigt. Umso kürzer darf nun das Gebot der Geschlossenheit behandelt werden. Es besagt, dass nicht nur alles, was relevant ist – und nur was relevant ist –, in die Begründung einfließen muss. Vielmehr muss alles auch derart einander zugeordnet sein, dass der Gedankengang schlüssig und geschlossen erscheint – wir hatten weiter vorn gesagt, dass eben darin der Zauber der Logik liegt. Sie *drückt aus* – **expressiv**! (§ 33 Rn. 28–31; im Rahmen der allgemeinen Ästhetik: § 31 Rn. 98–99) – dass „drei Begriffe derart je zweimal genannt werden, dass der *Eindruck* entsteht, damit sei alles (Wesentliche) gesagt“[135]. 76

Kurz und gut: Auch aus ästhetischer Sicht ist der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) ein Gebot guten Handwerks. Beispiele haben wir genannt, so in diesem § 34 Rn. 39–40 (Stichwort Notarhaftung) und in § 33 Rn. 22–24 (Gashahn-Fall), in § 9 Rn. 18 (Sitzblockade) und § 29 Rn. 9–11 (Auslandseinsätze der Bundeswehr). Das muss nicht wiederholt werden.

IIc. Regeln III: Empfehlungen

Eine Stufe höher als Verbote und Gebote – wenn man so will: in der Oberstufe der Kunstregeln – kann man schließlich „Empfehlungen“ ansiedeln, die zu „mehr Gelungenheit“ führen (den Terminus „Ratschläge“, den Reiners verwendet, finde ich weniger schön). Diese Empfehlungen wirken, um einen Vergleich aus der Grundrechtsdogma- 77

134 Wenn z.B. die Deutsche Fußball-Liga (DFL) als Veranstalterin der 1. und 2. Fußballbundesliga darauf pocht, ein wichtiges Interesse der *Öffentlichkeit* zu bedienen, weshalb sie die Polizeikosten für sog. Hochrisikospiele nicht tragen müsse – dann kann man auf die Idee kommen, dass sie für diese Kosten, wenn sie ihr denn auferlegt werden, nicht bei den betroffenen Heim-Vereinen Rückgriff nehmen darf: Dies wäre eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, und so viel *öffentliches* Recht (Art. 3 GG) muss die DFL gegen sich gelten lassen, siehe *Joachim Lege*, Hochrisikospiele und die Gleichheit vor dem Gebührenbescheid. Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 14.01.2025 – 1 BvR 548/22 –, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl.) 2025, 129-131; *Joachim Lege*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen – One size fits all?, in: Juristenzeitung (JZ) 2025, 477-484.

Wie fruchtbar die Auseinandersetzung mit Gegenargumenten ist, zeigen die daran anschließende Erwiderung von *Claus Dieter Classen* (JZ 2025, 671-673) und mein Schlusswort dazu (JZ 2025, 673-674)..

135 So auch schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 18), S. 384, 600.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tik zu bemühen, nicht in der Art und Weise von *Regeln*, sondern eher wie *Prinzipien* – nicht im Ja/Nein-Modus, sondern im Modus des Mehr oder weniger.

78 Nehmen wir etwa die Empfehlung, doppelte Verneinungen zu vermeiden: In der Jurisprudenz sind Wendungen wie „nicht unerheblich" durchaus gängig und aussagekräftig, etwa um den Grad einer Verletzung oder eine Geruchsbelästigung zu charakterisieren (noch nicht schwer, aber auch nicht zu vernachlässigen). Oder die Empfehlung, im Aktiv statt im Passiv zu formulieren: In einem Urteil würde es merkwürdig wirken, wenn es *nicht* heißt „Der Kläger wurde am … vom Hund des Beklagten in die Wade gebissen." Sondern: „Der Hund des Beklagten biss den Kläger am … in die Wade." Eine Hauptrolle im Prozess spielt nun einmal der Kläger, nicht der Hund.

1. Angemessenheit des Begründungsaufwandes

79 In ähnlicher Weise auf Graduelles zielt die Empfehlung, den Begründungsaufwand angemessen zu gestalten: Was „angemessen" ist, hängt sehr von den Umständen und den Empfängerhorizonten ab, und es ist auch eine Frage der jeweiligen Rechtskultur (in Frankreich sind die Gerichtsurteile erheblich kürzer).

a) Qualität und Quantität

80 Was die derzeitige Begründungskultur in Deutschland angeht, wird man sagen können: Die Begründungen sind meistens viel zu lang und kommen trotzdem – oder deshalb? – zu wenig auf den Punkt.

Die vorhin analysierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Windkraft-GmbHs zählt 169 Absätze (viele von ihnen muten an wie ein ins Schema der Verhältnismäßigkeitsprüfung gepresster Besinnungsaufsatz zum Klimaschutz). Die Entscheidung zum Braunkohleabbau in Garzweiler[136] (nebenan liegt Lützerath[137]) umfasst 333 Absätze,[138] der Beschluss zum Klimaschutz 269,[139] das Urteil zum NPD-Verbotsverfahren[140] gar 1009 Absätze. Wer soll das alles lesen? Und wieviel Widersprüchliches steht dann darin, wenn man es, wie allzu üblich, im nächsten Fall beim Zitieren aus dem Kontext reißt?

---

136 BVerfGE 134, 242 – Garzweiler (2013).

137 Der Ort hat im Jahr 2023 durch Proteste von Klima-Aktivisten eine gewisse Bekanntheit erlangt, bevor er dann dem Braunkohlen-Tagebau „Garzweiler" weichen musste.

138 Dazu *Foroud Shirvani*, Eigentumsschutz und Energiepolitik. Die Garzweiler- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2015, 3–8; etwas abgelegen *Joachim Lege*, Das Garzweiler-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – und seine Konsequenzen für den Rechtsschutz in mehrstufigen Verwaltungsverfahren, in: Wertermittlungsforum (WF) 2014, S. 105–111.

139 BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz (2021).

140 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren (2017). Der Fairness halber: Auch der alten Entscheidung zum Verbot der Kommunistischen Partei Deutschlands mangelte es nicht an Länge, sie umfasste 309 Seiten: BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot (1956). Allerdings ging es darin mehr um die Auseinandersetzung mit dem Marxismus-Leninismus und dem darauf beruhenden Programm, um Wirken und „Stil" (!) der KPD, weniger um Vorfälle in Bargischow, Schneeberg und Jamel.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kurz und gut: Natürlich kann man nicht alles in aller Kürze abhandeln, und manches braucht seine Zeit und seinen Aufwand (zum Beispiel eine Neue Juristische Methodenlehre). Aber oft ist, wie man so sagt, weniger mehr. Anders gewendet: Quantität schlägt nicht immer in Qualität um, eher im Gegenteil. 81

Im Übrigen ist die Frage, was „Qualität" – im Sinn von guter und schlechter Qualität – eigentlich *ist*, eine Frage von höchster Schwierigkeit.[141] Eben eine Frage der Ästhetik.

b) Je-desto-Formeln

Man wird vielleicht sagen können, dass es zwischen dem Gebot der Vollständigkeit (soeben Rn. 65 ff.) und der Empfehlung, angemessen zu begründen, fließende Übergänge gibt. Dennoch kann man als eher Angemessenheitsempfehlungen einige „Je-desto-Formeln" festhalten: 82

- Je umstrittener eine Rechtsfrage ist, auf die es bei der Entscheidung ankommt, desto sorgfältiger muss die Begründung der gewählten Lösung sein.
- Je älter ein Streit ist, desto mehr kann man pauschal auf Sekundär- und Tertiärliteratur (Kommentare!) verweisen.
- Je aktueller ein Fall in seiner lebensweltlichen Gestaltung ist, desto mehr Mühe muss auf die Darstellung des Sachverhaltes verwendet werden.
- Ganz generell formuliert: Das Verhältnis von „alt und neu", von Redundanz und Information muss „stimmen".

  Was, wie wir gesehen haben, ein klassisches Problem der Ästhetik ist (§ 31 Rn. 76–79: „Geschmack" versus „Genie").

Der wichtigste Gesichtspunkt ist dann allerdings stets: Das Recht und die Jurisprudenz haben es mit *autoritativen Texten* zu tun – mit Gesetzen, Verordnungen, Verträgen, Verwaltungsakten; mit Gerichtsentscheidungen, wenn man will sogar: mit „herrschenden Meinungen". Je mehr derjenige, der an diese Texte gebunden ist, von ihrem bis dato als geltend anerkannten Inhalt abweichen will (siehe dazu die Steigerung in den §§ 15 bis 20), desto mehr muss er sich ins Zeug legen. 83

2. Stilfragen im engeren Sinn

Zur Gelungenheit einer rechtlichen Entscheidung oder überhaupt von Rechtstexten gehört schließlich auch die sprachliche Form.[142] Sie sollte erstens so ausfallen, dass zumindest klar ist, was der Text meint. Zweitens ist es wünschenswert, dass dies dem 84

141 Einst in einem „Kultbuch" abgearbeitet: *Robert M. Pirsig*, Zen and the Art of Motorcycle Maintenance. An Inquiry into Values, New York 1974; deutsch: Zen und die Kunst, ein Motorrad zu warten. Ein Versuch über Werte, Frankfurt a.M. 1976. Pirsig (1928–2017) setzt sich darin auch mit der antiken Rhetorik und vor allem mit Platons Dialog „Phaidros" auseinander; darin geht es u.a. um die Idee des Schönen.

142 Hierzu schon nahezu klassisch *Tonio Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen (2002), 3. Aufl., München 2017; *Friedrich E. Schnapp*, Stilfibel für Juristen, Münster 2004; neuerdings hinzugekommen:

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rezipienten auch möglichst schnell klar *wird*. Andernfalls besteht angesichts des Zeitdrucks, unter dem wir oft arbeiten, die Gefahr, von nur halb Verstandenem auszugehen – was letztlich mehr Zeit kosten kann, als man durch Schnelligkeit zu sparen hoffte.

a) Die üblichen juristischen Stilfehler

85 Vor diesem Hintergrund sollte man betonen, dass die üblichen juristischen „Stilfehler" deshalb Fehler sind, weil sie das Verständnis des Gemeinten erschweren. Eine kleine Auswahl mag genügen:

- **Klemmstil** (verschachtelte präpositionale Bestimmungen, Partizipien, Genitive)

Beispiel: Die Haftpflicht für den durch Tötung oder Verletzung eines Reisenden beim Betreiben einer Eisenbahn entstandenen Schaden regelt sich nach § 17 HaftPflG.

Besser: § 17 HaftPflG regelt die Haftpflicht für einen Schaden, der beim Betreiben einer Eisenbahn durch Tötung oder Verletzung eines Reisenden entsteht.

Oder: Wenn beim Betreiben einer Eisenbahn ein Reisender getötet oder verletzt wird, so regelt sich die Haftpflicht nach § 17 HaftPflG.[143]

- **Kanzleistil** (überflüssiger „Schwulst")

Beispiel: Im Fall des Verlustes eines Stimmzettels ist eine Neuausstellung unzulässig.

Besser: Verlorene Stimmzettel werden nicht ersetzt.[144]

- **Nominalstil** (Substantive statt Verben)

Beispiel: „Zwar gilt auch für Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt, dass der wildwüchsige Freiheitsgebrauch die Gefahr von Konflikten mit sich bringt. Aber das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts zeigt, dass der Gesetzgeber nicht mehr die Freiheit zur Beurteilung und Bekämpfung dieser Gefahr hat. Bei den Grundrechten mit einfachem Gesetzesvorbehalt ist diese Freiheit am größten, bei den Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt ist sie geringer, und bei den Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt kann die Vollmacht des Gesetzgebers eigentlich nicht weiter gehen, als die Grenzen der Reichweite der Schutzbereiche der Grundrechte nachzuziehen."[145]

Besser: „Auch Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt können derart ausgeübt werden, dass Konflikte entstehen. Diese Konflikte darf der Gesetzgeber jedoch, eben weil der Gesetzesvorbehalt fehlt, nicht völlig frei beurteilen. Die Freiheit des Gesetzgebers ist bei Grundrechten mit einfachem Gesetzesvorbehalt am größten, bei Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt schon geringer. Bei Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt scheint sie sich darauf zu beschränken, den Schutzbereich des Grundrechts nachzuzeichnen."

Monika Hoffmann, Deutsch fürs Jurastudium (2014), 4. Aufl., Paderborn 2021; speziell für „Praktiker": *Michael Schmuck*, Deutsch für Juristen. Vom Schwulst zur klaren Formulierung, 5. Aufl., Köln 2021.

143 Nach *Reiners*, Stilfibel (Fn. 21), S. 36.

144 *Reiners*, Stilfibel (Fn. 21), S. 45.

145 *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Staatsrecht II - Grundrechte, 27. Aufl., Heidelberg 2008, Rn. 259. – Das Werk wird jetzt von *Thorsten Kingreen* und *Ralf Poscher* fortgeführt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Wege zu besserer Verständlichkeit

Die Überlegungen zum Nominalstil ließen sich zur Hälfte wohl auch schon den Empfehlungen zuordnen, mit deren Hilfe eine schnellere Verständlichkeit erreicht wird – und damit auch mehr Überzeugungskraft. 86

- **Aktiv statt Passiv**

Beispiel: Durch Satzung des zuständigen Gemeindeverbandes kann angeordnet werden, dass von den Hausgewerbetreibenden Beiträge nicht erhoben werden und dass der Verband die Kosten übernimmt, die der Kasse durch die Versicherung ihrer hausgewerblichen Mitglieder nach Abzug des Gesamtbetrages der ihr zufließenden Auftraggeberbeiträge erwachsen.

> *Besser:* Der Gemeindeverband kann durch Satzung die hausgewerblichen Versicherungspflichtigen von der Beitragspflicht befreien und selbst die Kosten übernehmen, soweit die Beiträge der Auftraggeber sie nicht decken.[146]

- **Kurze Sätze**

Beispiel: § 2 Parteiengesetz Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluß nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere nach Umfang und Festigkeit ihrer Organisation, nach der Zahl ihrer Mitglieder und nach ihrem Hervortreten in der Öffentlichkeit eine ausreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit dieser Zielrichtung bieten.

> *Besser:* Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, deren Ziel es ist, im Bund oder in einem Land dauerhaft auf die politische Willensbildung Einfluss zu nehmen und in der Volksvertretung mitzuwirken. Sie müssen diese Ziele ernsthaft verfolgen. Für die Ernsthaftigkeit kommt es auf das Gesamtbild an, insbesondere auf Umfang und Festigkeit der Organisation, Mitgliederzahl und Hervortreten in der Öffentlichkeit.

An dieser Stelle darf denn, obwohl auch sonst überall zitiert, die bekannteste juristische Stilblüte nicht fehlen – die vom Reichsgericht verfasste Definition der Eisenbahn: 87

> „Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen, beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektricität, thierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere der Transportgefäße und deren Ladung, u. s. w.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist."[147]

146 *Reiners*, Stilfibel (Fn. 21), S. 41.

147 RGZ 1, 247 (252) – Behelfsstrecke auf einer Eisenbahnbaustelle (1879). Kurz: Es war gerade noch nicht eine „fertige" Strecke für den Eisenbahnbetrieb, und vielleicht hatte das Haftpflichtgesetz daran wirklich nicht gedacht?

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Und auch nicht die von Kurt Tucholsky gelieferte Persiflage:

> „Ein Reichsgericht ist eine Einrichtung, welche eine dem allgemeinen Verständnis entgegenkommen sollende, aber bisweilen durch sich nicht ganz vermeiden lassende, nicht ganz unbedeutende bzw. verhältnismäßig gewaltige Fehler im Satzbau auf der schiefen Ebene des durch verschnörkelte und ineinander geschachtelte Perioden ungenießbar gemachten Kanzleistils herabgerollte Definition, welche eine das menschliche Sprachgefühl verletzende Wirkung zu erzeugen fähig ist, liefert."[148]

88 • **Anschaulichkeit** („der Mensch ein Augentier")

Beispiel: Die Begriffe des formellen und des materiellen Gesetzes schließen sich gegenseitig nicht aus. Die meisten Gesetze sind sowohl Gesetz im formellen als auch Gesetz im materiellen Sinne, es gibt aber auch nur-formelle und nur-materielle Gesetze.

> *Besser:* Die Begriffe des formellen und des materiellen Gesetzes bilden zwei sich überschneidende Kreise. Es gibt daher nur-formelle und nur-materielle Gesetze. Die meisten Gesetze sind Gesetze im formellen und materiellen Sinn.[149]

c) Zum Abschluss: Klemmstil anno 2022/23 – Grundsteuererklärung

89 Auch wenn man es gehofft haben mag: Der Klemmstil ist nicht tot. Ein aktuelles und geradezu unglaubliches Beispiel für Unverständlichkeit hat jüngst die deutsche Finanzverwaltung geliefert. In einer Fehlermeldung, die den Steuerpflichtigen beim Ausfüllen des elektronischen Formulars ereilen konnte, hieß es:

> Sie müssen in Zeile 11 des Hauptvordrucks im Feld "Enthalten in" angeben, welcher auf der Anlage Grundstück erklärten Fläche des Grundstücks mit welchem Bodenrichtwert der zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Flächenanteil des aktuellen Flurstücks zuzuordnen ist. Wählen Sie bitte "1 – erste Fläche", wenn der zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Flächenanteil vom aktuellen Flurstück in der ersten in der Anlage Grundstück erklärten Fläche, für die auch der erste erklärte Bodenrichtwert gilt, enthalten ist. Wählen Sie bitte "2 – zweite Fläche", wenn der zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Flächenanteil vom aktuellen Flurstück in der zweiten in der Anlage Grundstück erklärten Fläche, für die auch der zweite erklärte Bodenrichtwert gilt, enthalten ist. Für den Sonderfall, dass der zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Flächenanteil vom aktuellen Flurstück sowohl in der ersten als auch in der zweiten in der Anlage Grundstück erklärten Fläche enthalten ist und somit für diesen Flächenanteil teils der erste und teils der zweite erklärte Bodenrichtwert gilt, wählen Sie bitte "3 – beiden Flächen" aus.

90 Ganz abgesehen von der Sache, die gemeint sein könnte – kann man das verstehen? Gemeint ist wohl:

> In Zeile 11 des Hauptvordrucks – Feld „**Enthalten in**" – geht es um Folgendes: Sie haben in der „Anlage Grundstück" ein Grundstück angegeben, das aus zwei Flächen mit zwei unterschiedlichen Bodenrichtwerten besteht. In Zeile 11 des Hauptvordrucks haben Sie zwei Flurstücke angegeben. Wir möchten nun wissen: Welcher Fläche (mit welchem Bodenrichtwert) ist das Flurstück, das Sie jetzt gerade bearbeiten, zuzuordnen? Wählen Sie „1 – erste Fläche", wenn es die in der „Anlage Grundstück" an erster Stelle genannte Fläche ist. Wählen Sie „2 – zweite Fläche", wenn es die an zweiter Stelle genannte Fläche ist. Wählen Sie „3 – beide Flächen", wenn

148 Zitiert nach *Reiners*, Stilfibel (Fn. 20), S. 93.

149 Vgl. *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 4 Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Flurstück an beiden Flächen Anteil hat mit der Folge, dass teils der erste, teils der zweite Bodenrichtwert gilt.

Dass übrigens die oben genannte Fehlermeldung auch Steuerpflichtige ereilt hat, die keinerlei Grundstück mit unterschiedlichen Bodenrichtwerten angegeben hatten, macht die Sache nicht besser.

III. Die „Gesamtschau" (Kohärenz, Stimmigkeit)

Wenn man nach allen Regeln der Kunst die drei Stufen der Verbote, Gebote und Empfehlungen abgearbeitet hat, und dies häufig mit viel *trial and error*,[150] bleibt dennoch die letzte und entscheidende Frage: ob das Gesamtwerk gelungen ist – sei es nun die Entscheidung in einem Rechtsstreit oder, bei einer dogmatischen Theorie, ob sie „aufgeht". Diese letzte Station bleibt – wegen der Paradoxie der Entscheidung – immer etwas Irrationales in dem Sinn, dass dem Denken ein Wollen und dem Wollen ein Handeln folgen muss. Methodisch kann man dazu insofern, als man nach der Richtigkeit der Entscheidung fragt, nichts mehr sagen. Und wenn wir wirklich eine Überzeugung gewonnen haben, dann *können* wir sie auch gar nicht mehr bezweifeln. 91

Um auch an dieser Stelle[151] einmal biblisch zu werden: Vielleicht ist die Erzählung in der biblischen Schöpfungsgeschichte, die Geschichte, in der es an fast allen Tagen heißt: „Und Gott sah, dass es gut war" – vielleicht hat diese Geschichte sehr viel mehr mit Befreiung zu tun als die Faszination angesichts eines brennenden Dornbuschs, der auch noch reden kann: „Loslassen" statt „Emotion pur".

Und dass wir zu einer Überzeugung kommen *müssen*, dafür sorgen im Recht das Rechtsverweigerungsverbot und der Zeitdruck. 92

Von einer Malerin habe ich einmal den Spruch gehört: Am schwersten ist immer der erste Strich und der letzte.

Wie auch immer: Das, was am Ende den „Sprung ins Richtige" erlaubt, ist offenbar die Kohärenz und Stimmigkeit,[152] kurz: die Ästhetik des Ganzen – so wie wir sie irgendwie dann doch „unmittelbar wahrnehmen".

IV. Zwei Tipps zum Abschluss: Die Darstellung des Sachverhalts

Und wie wir glauben, dass auch andere das Ganze wahrnehmen *sollten*. Deshalb am Ende dieser Kunstregeln noch zwei Tipps für die Darstellung des Sachverhalts in einem juristischen Text – also bevor es an die rechtliche Würdigung geht. 93

Den ersten Tipp (ich habe ihn schon erwähnt) verdanke ich einem in diesen Dingen sehr erfahrenen Kollegen. Er lautet: In einem juristischen Gutachten muss schon die

150 Allgemein zum „experimentierenden Rechtsdenken" *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III und öfter; auch *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 12 I c.

151 Anspielung auf *Christoph Menke*, Theorie der Befreiung, Berlin 2022.

152 Kohärenz ist die zentrale Idee bei *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage Baden-Baden 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schilderung des Sachverhalts so erfolgen, dass der Eindruck entsteht, hier könne es vernünftigerweise nur genau die eine rechtliche Lösung geben, die anschließend expliziert wird. Das Gleiche gilt natürlich für den sogenannten „Tatbestand" (= Sachverhaltsschilderung) in einem gerichtlichen Urteil.

94 Der zweite Tipp (auch er wurde schon erwähnt) ist weniger vage. Er knüpft an die *most basic* Basis-Unterscheidung des Römischen Rechts an, sie lautet:

> *Omne ius autem quo utimur vel ad personae vel ad res vel ad actiones pertinent.*[153]
>
> Alles Recht, das wir benutzen, bezieht sich auf Personen, auf Sachen oder auf Rechtsverhältnisse (wörtlich: Klagemöglichkeiten).

Oder kurz: *personae – res – actiones*.

Mit welchem dieser drei Eckpunkte man in einem konkreten Fall die Sachverhaltsschilderung beginnt, ist beliebig. Man kann beginnen: „Die Parteien streiten um Schmerzensgeld" (*actio*). Oder: „Die Klägerin ist Schauspielerin, der Beklagte ist Verleger einer bekannten Boulevardzeitung" (*personae*). Oder auch: „Gegenstand des Streits ist ein Pressebericht über eine Schönheitsoperation" (*res)*. Für die Frage, welchen Einstieg man wählt, kann man zunächst ganz wertneutral raten: Das Wichtigste zuerst! Im Übrigen lautet die Antwort: Frag dich, wie du den Leser am besten auf deine Seite ziehst – indem du ihn, ganz im Sinn der antiken Rhetorik, *attentum, benevolum, docilem* machst: aufmerksam, wohlwollend, lernbereit.[154]

Und das ist dann doch wieder eine Frage der Methode.

153 Inst. 1.1.4 („Institutionen", das ist das erste Buch des Corpus Iuris Civilis – ein Lehrbuch im knappen juristischen Stil). Das Corpus Iuris Civilis war der Haupttext des klassischen Römischen Rechts, zusammengestellt auf Geheiß des oströmischen Kaisers Justinian und von ihm 533/34 mit „Gesetzeskraft" versehen – oder sagen wir besser: zum *autoritativen Text* (§ 14 II) erhoben.

154 *Josef Martin*, Antike Rhetorik (Handbuch der Altertumswissenschaft, Abteilung 2, Teil 3), München 1974, S. 63 f. mit Nachweisen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 7: Juristische Richtigkeit von außen (Verhaltensökonomie)

Wir beschäftigen uns, um den roten Faden wieder aufzugreifen, in diesem Vierten Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) mit der Frage, ob man im Recht und in der Rechtswissenschaft (Jurisprudenz) von so etwas wie „Richtigkeit" sprechen darf, genauer: von der Richtigkeit von **Entscheidungen**. Insofern haben wir in Kapitel 6 die **Innenperspektive** des Rechts und der Jurisprudenz gewählt und sind zu dem Ergebnis gekommen: Dies ist letztlich eine Frage der Ästhetik – denn wir haben nun einmal keine Letztkriterien. Wir blicken nicht über unseren Horizont hinaus, *aber wir wissen, dass es dort noch weiter geht* (weil unser Wissen begrenzt ist). Ästhetik ist, wenn man so will, die innen-perspektivischste aller Wissenschaften. 1

Im Gegensatz dazu stehen die „Naturwissenschaften", genauer: die empirischen Wissenschaften. Sie betrachten das, was in der Natur, in der Gesellschaft, im Gehirn abgeht, dergestalt in einer **Außenperspektive**, dass sie bestimmte Rahmenbedingungen festlegen und dann schauen, wie sich innerhalb dieser Versuchsanordnung die Versuchsobjekte „verhalten" (aufgrund von Gesetzen, die die Objekte selbst gar nicht kennen). Die Wissenschaften blicken dann, sozusagen, auf eine abgeschlossene Welt, in der sie die Letztkriterien für das, was sie wissen wollen, formulieren. Naiverweise stellen sich viele auch die Jurisprudenz so vor. 2

In Wahrheit ist die **Jurisprudenz** ein ziemlich anspruchsvoller dauernder Perspektivwechsel zwischen der Innenwelt und der Außenwelt des Rechts (oder wenn man will: zwischen dem Recht und seiner Umwelt). Gerade deshalb wollen wir nun zum Abschluss unseres Systems (die NJML ist ein *System*) den „Schlussstein von innen", also die Ästhetik, auch noch von außen betrachten: Wenn man das, was wir Juristen nach den Regeln, die wir kennen, tun, um „richtig" zu handeln – wenn man diese unsere juristische Methode daraufhin befragt, was wir *unbewusst* damit erreichen – *ist sie dann immer noch „richtig"*? Ist sie ein vernünftiger Weg, mit der sozialen Welt umzugehen? Was gewinnt man mit ihr, was verliert man? Welches sind die Vorteile, welches die Nachteile des „juristischen Denkens"? Es liegt auf der Hand, dass damit letztlich ökonomische Kriterien an das Recht herangetragen werden. Aber das muss sich das Recht gefallen lassen, und vielleicht wird es gar nicht so schlecht dabei abschneiden. 3

Man kann vielleicht sagen: **Ästhetik** ist, was menschliche Erkenntnis und menschliches Verhalten angeht, die radikalste Innenperspektive, **Ökonomie** die radikalste Außenperspektive. 4

Wir wollen im Folgenden zunächst (§ 35) den aktuellen Stand der sogenannten Verhaltensökonomie darstellen (sie ist zugleich Kognitionswissenschaft und Erkenntnispsychologie). Sodann wollen wir schauen, wie sich in diesem Licht die NJML darstellt – aber auch die Verhaltensökonomie im Licht der NJML (§ 36).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 35 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie)

1 Die Frage nach der Richtigkeit von – ganz allgemein gesprochen – *Entscheidungen* hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten eine neue empirische Wende genommen (ich bin versucht, von einem *new empirical turn* zu sprechen). Ausgehend von der Psychologie (die sich ja nicht mehr als Geisteswissenschaft, sondern als Naturwissenschaft versteht[1]) hat man in vielfältigen Experimenten nachgewiesen, wie sehr unsere Entscheidungen je nach dem Kontext, in den man sie stellt, auf einer „verzerrten" Wahrnehmung beruhen (englisch *bias*) – oder vielleicht besser: wie sehr der Kontext eine „Abweichung" (*bias*) der Wahrnehmung bewirkt und dadurch eine „Weichenstellung" für die Entscheidung enthält.

Die große Frage ist dann freilich, ob es so etwas wie unverzerrte Wahrnehmung überhaupt geben kann oder ob dies nicht eine regulative Idee ist (zum Begriff § 30 Rn. 29–36). Wir kommen darauf zurück.

Bekannteste Vertreter dieser Forschungsrichtung sind die Psychologen Daniel Kahneman (1934–2024) und Amos Tversky (1937–1996). Kahneman hat seine Forschungen im Jahr 2011 in dem Bestseller „Thinking, Fast and Slow"[2] zusammengefasst (auf Deutsch 2012 „Schnelles Denken, langsames Denken"[3]).

Zu erwähnen sind ferner die populärwissenschaftlichen Arbeiten von Nassim Taleb (geb. 1960) und Rolf Dobelli (geb. 1960).[4]

2 Im Hinblick auf die herkömmliche Ökonomie bedeuten diese Erkenntnisse nun: „Der Mensch" ist kein vollkommen „rational" handelndes Wesen (*homo oeconomicus*), kein Wesen, das rein objektiv Nutzen und Kosten abwägt und auf diese Weise zu sozusagen mathematisch-vernünftigen Entscheidungen kommt. Vielmehr fließen häufig ganz „irrationale" – oder sagen wir besser: **sachfremde** – Erwägungen in den Entscheidungsprozess ein. Aus einem Börsenmakler platzt es heraus: „Die bauen einfach tolle Autos" (gemeint war die Firma Ford). Für die Entwicklung des Börsenwertes spielt dies „eigentlich" (= sachlich) eine allenfalls untergeordnete Rolle.[5]

Kahneman hat für diesen Angriff auf die klassische Ökonomie denn auch im Jahr 2002 den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften erhalten (gemeinsam mit Vernon L. Smith).

3 Weitere Experimente haben gezeigt, wie sehr auch rechtliche Entscheidungen von „irrationalen" Faktoren beeinflusst sind: Gegen Mittag, wenn die Konzentration

1 Folglich redet man auch nicht mehr von „Seele" (altgriechisch *psychê*), sondern von „Persönlichkeit" – als wenn dies keine regulative Idee wäre.

2 Erschienen in New York.

3 Erschienen in München.

4 *Nassim Nicholas Taleb*, The Black Swan, New York 2007 (dt. Der schwarze Schwan, München 2008); *Rolf Dobelli*, Die Kunst des klaren Denkens, München 2011; *Rolf Dobelli*, Die Kunst des klugen Handelns, München 2012.

5 Beispiel nach *Daniel Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, München 2012, S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

abnimmt und der Hunger zunimmt, bewilligen Bewährungsrichter mit statistischer Signifikanz deutlich weniger Anträge auf Entlassung.[6]

„Signifikant" bedeutet wörtlich: „ein Zeichen bildend" (lateinisch *signum* und *facere*). Als statistisch signifikant bezeichnet man Unterschiede, die einen sogenannten p-Wert unterschreiten. Was darüber liegt, ist – statistisch betrachtet – vermutlich Zufall.[7] (Und über die Kausalität im Einzelfall ist damit nichts gesagt – dazu später mehr.)

* * *

Wir werden im Folgenden nach einem knappen Blick auf die Ökonomie des Denkens (I) die vier Grundbegriffe des Kahneman-Tverskyschen Ansatzes klären, das sind: System 1 und System 2 (II), Heuristik und Bias (III). Sodann werden vier – von mir so bezeichnete – Basic Biases vorgestellt, die unser Denken in jeder Situation bestimmen, z.B. die Selbstüberschätzung (IV). Es folgen einige klassische Anwendungsfälle (V), zuvörderst das Framing (= die Situation in einen Rahmen stellen), sodann Empfehlungen, wie man „vernünftig" (*reasonable*) mit System 1 und System 2, mit Heuristiken und Biases umgeht (VI). 4

Zum Abschluss wollen wir dann schauen, wie gut Verhaltensökonomie und Kognitionspsychologie mit der Juristischen Methode zusammenpassen (§ 36).

I. Die knappen Ressourcen

Das zentrale Thema der Ökonomie ist Knappheit. Güter sind knapp, sonst wären sie keine Güter, und die Ressourcen, um Güter zu erwerben, sind ebenfalls knapp. Was sind dann aber bei einer Entscheidungsfindung die knappen Ressourcen? 5

1. Aufmerksamkeit

Knapp ist erstens die mentale Kapazität, aus dem Strom von Informationen, die auf uns einströmen, die relevanten herauszufiltern. Das ist natürlich keine besonders neue Erkenntnis. 6

Systemtheoretisch würde man sie so formulieren: Die Umwelt eines Systems (sagen wir: die Umwelt unseres psychischen Systems[8], unseres Erkenntnisapparates[9]) ist stets komplexer als das System selbst. Wer es allen recht machen will, ist überfordert. Folglich muss man auswählen, Prioritäten setzen, sich eine Liste machen, kurz:

6 Die Quote sank von 65 Prozent in ausgeruhtem und sattem Zustand auf etwa Null kurz vor dem Essen: *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 60 f.; s. auch S. 278.

7 $p < 0{,}05$ kennzeichnet z.B. eine sogenannte Irrtumswahrscheinlichkeit von kleiner als 5 Prozent. – Allgemein zum p-Wert: *Jürgen Hedderich/Lothar Sachs*, Angewandte Statistik. Methodensammlung mit R, 17. Aufl., Berlin etc. 2020, Abschnitt 7.1.4 (S. 461). Wirklich verstanden habe ich es noch nicht.

8 So die Terminologie von *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 92, 346-376 und öfter.

9 So die Terminologie von *Konrad Lorenz*, Die Rückseite des Spiegels (1997), 8. Aufl., München 1985, S. 18 und durchgehend.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eigene Komplexität aufbauen.[10] Zum Beispiel listet eine „Gesellschaft" in einem Strafgesetzbuch die gröbsten Missetaten auf und auch, wie sie darauf reagieren will.

7 Weil Aufmerksamkeit eine knappe Ressource ist, besteht freilich immer die Möglichkeit, sie in eine „falsche" Richtung zu lenken. Man wechselt das Thema, wenn man kritische Nachfragen befürchtet. Kurz: Man lenkt ab von den eigentlich wichtigen Aspekten.

Die höchste Professionalität in Sachen Ablenkung besteht vermutlich im Bereich der sogenannten Zauberkünstler, oder wie sie auf Englisch so treffend heißen: Illusionisten.

2. Durchhaltevermögen

8 Die zweite knappe Ressource hängt mit der ersten zusammen, dennoch kann man beide idealtypisch unterscheiden: Es handelt sich um das, was ich Durchhaltevermögen nennen will[11] (es mag offen bleiben, inwieweit sich dies mit dem modischen Begriff Resilienz[12] deckt). Gemeint ist das Vermögen (= begrenzte Fähigkeit, Kapazität), bei auftretenden Problemen trotz Widrigkeiten weiter an der Lösung des Problems zu arbeiten.

9 Gegenbegriff ist dann nicht so sehr das ehrliche (und deshalb durchaus problemlösende!) Aufgeben („nein, das schaffe ich nicht"). Gegenbegriff ist vielmehr das Ausweichen: Man versucht, das Problem zum Schein zu lösen, man löst es nicht dort, wo es sich wirklich stellt. Man bleibt nicht „bei der Sache".

Eine bittere Erfahrung für Jurastudenten daher immer wieder: Ich schreibe im Gutachten hochgescheite Dinge, aber es kommt allenfalls am Rande auf sie an – zum Beispiel, weil der „Eingriffscharakter"[13] einer Maßnahme kein wirkliches Problem darstellt. Oder ich halte mich an dem Schema fest, das ich gelernt habe, statt auf den Sachverhalt einzugehen (zu den juristischen „Schemata" § 23). Et cetera.

Politisch beliebt, aber höchst dubios: Der Staat gaukelt der Bevölkerung vor, mit einer kleinen Verschärfung des Strafrechts ließen sich große gesellschaftliche Probleme lösen – Stichwort „Kölner Silvesternacht" (dazu schon § 10 Rn. 40, § 31 Rn. 20).[14]

Vernunft oder Vernünftigkeit (*reasonableness*) definiere ich, um es zu wiederholen, als „Probleme dort lösen, wo sie sich stellen".[15]

---

10 Dies ist eine ganz zentrale These in Luhmanns Systemtheorie.

11 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), spricht nur ganz allgemein von „mentaler Energie", z.B. S. 58: Alle Spielarten willentlicher Anstrengung – kognitiv, emotional und physisch – schöpfen zumindest teilweise „aus einem gemeinsamen Pool mentaler Energie". „Mentale Energie" dürfte aber eher der Oberbegriff sein zu Aufmerksamkeit (*attentiveness*) und Durchhaltevermögen.

12 *Klaus Fröhlich-Gildhoff/Maike Rönnau-Böse*, Resilienz, 6. Aufl., München 2022.

13 Zum Schema „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung" oben § 23 Rn. 9–17.

14 Ganz aktuell ist jetzt ein generelles Böllerverbot an Silvester im Gespräch, weil es in vielen deutschen Städten zu Angriffen meist junger Männer auf Polizei und sogar Feuerwehr und Rettungsdienste gekommen ist. Als wenn so etwa nur an Silvester vorkäme! – Nun gut: Vielleicht ist in der Tat die Zahl der Menschen, die gern unvernünftig handeln, derart gestiegen, dass man angesichts der Verschiebung der Gaußschen Normalverteilung die Freiheit aller beschränken muss.

15 Beiläufig erwähnt schon in § 18 Rn. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Anders gewendet: Es stellt sich gelegentlich heraus, dass es für manche Probleme keine einfache Lösung gibt. Dann erfordert es Kraft und wohl auch Mut, dem Problem nicht auszuweichen und eben nicht nach einer einfachen Lösung zu suchen, sondern nach einer Lösung, die dem Problem „gerecht wird“. Verschwörungstheorien sind leicht zu finden … 10

> Die wohl übelste Verschwörungstheorie ist nach wie vor der Anti-Semitismus, der „die Juden“ für alle Missstände der Welt verantwortlich macht. Ein Anti-Kapitalismus, der alle Schuld beim „Kapital“ sucht, ist intellektuell freilich kaum anspruchsvoller.

II. Die beiden „Systeme“ im Denkapparat (mind)

Wie geht nun unser „psychisches System“, unser Erkenntnis- und Entscheidungsapparat – oder mit Kahneman[16]: unser *mind* – mit diesen beiden intellektuellen Knappheiten um? 11

1. System 1 und System 2: „Intuition“ versus (bewusste) Methode

Kahneman unterscheidet insofern zwei Strategien: den einfachen, kurzen, schnellen Weg („schnelles Denken“) und den mühevolleren, komplizierten, langsamen Weg („langsames Denken“). Für beide Strategien sind zwei – wie soll man sagen – Mechanismen unseres Denkens zuständig, die Kahneman bewusst sperrig (und in Anlehnung an die Psychologen Keith Stanovich und Richard West) als „System 1“ und „System 2“ bezeichnet.[17] Zu beiden das Wichtigste: 12

System 1 handelt „intuitiv“, gleichsam aus dem Bauch heraus, ohne großes Nachdenken, unbewusst.

> Der Feuerwehrhauptmann brüllt „schnell raus hier!“ – kurz bevor der Kessel im Keller des Gebäudes explodiert. Erst später kann er angeben, warum er das tat: Es war, anders als sonst, viel zu leise in dem Raum, und seine Ohren waren ungewöhnlich heiß.[18]

System 2 handelt bewusst, handelt gemäß einer Methode, die man mit einer gewissen Mühe erst hochladen und dann auch durchhalten muss,

> … etwa, um die Frage „wieviel ist 17 mal 24?“[19] zu beantworten.
>
> Und deshalb ist das **System 2 faul** (so Kahneman ganz explizit[20]). Man scheut erst einmal die Mühe.

16 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), z.B. S. 14.

17 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 33, 67, 572 (mit weiterem Nachweis).

18 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 23 und 291–293. – Dass bei mir die Feuerwehrleute und die Autos der Firma Ford (s.o. Rn. 2) besonders „hängen geblieben“ sind, liegt an einer alten Weisheit der Wahrnehmungspsychologie: Man merkt sich in einer Reihe gleichartiger Ereignisse (z.B. Anrufe wegen einer Wohnungsannonce, Vorstellungsgespräche) immer das erste und das letzte besonders gut.

19 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 32; natürlich könnte man jede beliebige andere Rechenaufgabe, die über das kleine und große Einmaleins hinausgeht, als Beispiel wählen.

20 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 45–54, 55–68 und öfter.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

13 Allerdings ist erst System 2 in der Lage, *überlegt* zu einem Urteil zu kommen, mehr noch: „Nur System 2 kann Regeln befolgen, Objekte in Bezug auf mehrere Merkmale vergleichen und wohlüberlegte Wahlen zwischen Optionen treffen."[21] *So* betrachtet operiert nur das System 2 „rational".

2. Das Verhältnis der beiden Systeme zueinander

14 Nichtsdestoweniger – das ist das Allerwichtigste – haben *beide* Systeme ihre (je andere) rationale Berechtigung. Es wäre unökonomisch, ja unmöglich, ein jedes Problem gründlichst zu durchdenken: In Routinesituationen ist dies nicht nötig, und in Notsituationen muss oft schnell reagiert werden, kurz, dort ist System 1 die angemessene Lösung, zu viel Kontrolle durch System 2 wäre geradezu schädlich. Verlässt man sich aber nur auf System 1, besteht die Gefahr, sich die Welt ihm gemäß zurechtzulegen (oder gar -zulügen) – ein Einfallstor für Täuschung und Selbsttäuschung (Stichwort Verschwörungstheorien).

15 Dann aber liegt auf der Hand, welches die große Frage an so etwas wie Vernünftigkeit ist: Was ist der Situation **angemessen** – System 1 oder System 2? Oder mit einer nicht ganz passenden Metapher: Bauch oder Kopf?

„Angemessenheit" ist übrigens ein Zentralbegriff der Stilkunde seit der antiken Rhetorik. Was ist „passend" – lateinisch *aptum*?[22]

Und nebenbei: Die Neigung, sich nur auf System 1 zu verlassen, scheint zu wachsen, wenn man genügend Macht hat.[23] Vielleicht aber auch anders herum: Wer System 1 die Führung überlässt, fühlt sich mächtig.

3. Das Verhältnis der beiden Systeme zur Realität

16 Ebenso nahe scheint dann die Antwort auf die große Frage nach der Vernünftigkeit zu liegen: „Angemessen" ist das, was der **Realität** – und nicht beliebigen (Fehl-) Vorstellungen – gerecht wird. Aber *welcher* Realität, wenn wir zu ihr doch *von vornherein* (a priori) lediglich „verzerrte" Zugänge haben? Wenn sie uns „an sich" unerkannt bleibt?[24]

Insofern ist es nun durchaus beunruhigend, wenn man bei Kahneman liest:

„(…) wir wissen bereits, dass das menschliche Gehirn [!] **nicht realitätsgebunden** ist."[25]

---

21 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 51.

22 *Marcus Fabius Quintilianus*, Institutionis Oratoriae Libri XII (Ausbildung zur Redekunst in 12 Büchern). Deutsch-lateinische Ausgabe: Ausbildung des Redners, 2 Bände, Darmstadt 2006 (Nachdruck der 3. Aufl. 1995), Buch XI Kapitel 1 (S. 545–585).

23 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 172, mit einem Zitat von George W. Bush: „Ich verbringe nicht viel Zeit damit, Meinungsumfragen rund um die Welt durchzuführen, um herauszufinden, ob das, was ich glaube, richtig ist. Ich muss nur wissen, was ich fühle". – Zur Unterscheidung von Willenstypen und Erkenntnistypen schon oben § 8 Rn. 8 mit Fn. 11, auch § 29 Rn. 1.

24 Nebenbei: Natürlich ist dies die Kernidee schon von Kants Transzendentalphilosophie.

25 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 449 (Hervorhebung J.L.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Oder gar mit Blick auf Recht und Moral: 17

> „Unsere moralischen Empfindungen sind an *Frames* gebunden, an Beschreibungen der Wirklichkeit statt an die Wirklichkeit als solche. (…) Unsere Präferenzen beziehen sich auf Probleme, die in einer bestimmten Weise formuliert wurden, und unsere moralischen Intuitionen beziehen sich auf Beschreibungen, nicht auf das Wesen einer Sache.“[26]

Gemeint sind mit dieser Diagnose zwar hauptsächlich das **System 1** und seine Präferenzen.[27] Wie man dann aber zur „wahren Wirklichkeit“ kommt – nun, da gilt offenbar: 18

> **System 2** ist auch keine Lösung, jedenfalls keine endgültige.

Auch System 2 ist „kein Inbegriff an Rationalität“.[28] Oder wohl besser: Es ist nicht der Inbegriff von Vernünftigkeit (*reasonableness*).

> „Die Welt“ verhält sich nämlich nicht immer derart regelmäßig, dass wir sie rational endgültig berechnen könnten – man denke nur an das Wetter, ganz zu schweigen von Zufall, Glück und Schicksal und von den aufwendigen Versuchen der Astrologie, dies trotzdem zu tun.

Deshalb ist es, wie wir sehen werden, nicht nur so, dass unser System 1 gelegentlich von System 2, trotz dessen Faulheit, korrigiert werden muss. Es kann auch nötig sein, dass unser System 1 ein berechtigtes Störgefühl hat,[29] wenn jemand uns weismacht, man müsse mit Hilfe von System 2 Rationalität maximieren (ich denke an die Betriebswirtschaft[30]). Wenn das System 2 dann sogar von faul auf störrisch umschaltet, wird es gefährlich „irrational“ – oder sagen wir richtigerweise: unvernünftig (*unreasonable*). 19

> Vielleicht bräuchte[31] man geradezu ein System 3, das die beiden ersten Systeme koordiniert. Bei Kant ist es – in der „Kritik der reinen Vernunft“ – vielleicht die Vernunft im engeren Sinn, sie koordiniert die Sinnlichkeit (d.h. in etwa: System 1) und den Verstand (in etwa: System 2) im Lichte regulativer Ideen. Etwas tiefer gehängt findet man ein solches System 3 vielleicht im „Gespür“ der Ästhetik (§ 31 Rn. 84–85).
>
> > Kunstexperten konnten irgendwie „sehen“, dass die antik-griechische Statue eines schreitenden Jünglings (*Kouros*) eine Fälschung war, aber „sie konnten nicht in Worte fassen, woran sich dieses Unbehagen entzündete.“[32] Das erinnert frappant an die Ästhetik und ihr *je ne sais quoi* (§ 31 Rn. 30).

26 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 456 (Kursivsetzung J.L.).

27 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 448, 452.

28 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 514; weiter: „System 1 ist auch der Ursprung der meisten Dinge, die wir richtig machen – und das ist das meiste dessen, was wir tun“. Noch eins drauf: Man kann sogar Suchtverhalten als „rational gewählt“ begreifen (S. 509 mit Hinweis auf Gary Becker und die Chicagoer Schule der Ökonomie).

29 Allgemein gesagt: Wenn die Kriterien von System 2 nicht mehr passen, muckt System 1 auf, und zwar mit Recht.

30 Genauer: an die Neigung (*bias*?), auch solche Bereiche „rational“ durchzurechnen, denen man damit den *spirit* austreibt (Krankenhäuser, Universitäten). Ist nicht auch dies eine Flucht vor der „wahren Realität“?

31 Ich wähle bewusst die süddeutsche Variante dieses Konjunktivs; sie macht ihn deutlicher.

32 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 290 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

20 Kahneman und Tversky haben sich diesen philosophischen Fragen – was ist **Realität**? was ist **Vernünftigkeit**?[33] – nicht explizit gestellt. Nichtsdestoweniger **setzen sie** beides offenbar **voraus**[34] (wohl als regulative Idee[35]), und sie haben auch gewisse Strategien formuliert, wie man beidem näher kommt (dazu unter VI).

Was die Meta-Ebene[36] angeht, so hat Kahneman lediglich die Hoffnung geäußert, „den Wortschatz zu bereichern, den Menschen benutzen, wenn sie sich über Urteile und Entscheidungen (…) unterhalten".[37] Die beiden wichtigsten Vokabeln dürften dann diese sein: Heuristiken (heuristics) und kognitive Verzerrungen (biases).

III. Heuristiken und Biases

1. Vorweg: Zur Begrifflichkeit

21 Was die beiden Vokabeln „Heuristiken" und „Biases" angeht, so besteht eine gewisse Schwierigkeit darin, dass Kahneman eher unscharf definiert, was sich dahinter verbirgt. So wird „Heuristik" wie folgt umschrieben:

„Eine **Heuristik** ist, technisch [?] betrachtet, ein einfaches Verfahren, das uns hilft, adäquate, wenn auch oftmals unvollkommene Antworten auf schwierige Fragen zu finden."[38]

---

33 Die philosophisch wohl anspruchsvollste Lösung der Frage, was **Realität** „ist", findet sich bei Charles Sanders Peirce (1839–1914): Realität ist das, worauf wir uns in der Sache alle einigen würden, wenn wir die nötige Zeit, Information und Intelligenz hätten (Konvergenztheorie der Wahrheit, siehe § 5 II Rn. 71 72–74). Originalton:

„The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real. That is the way I would explain reality" – - so *Charles Sanders Peirce*, How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.407 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 407); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 205).

Im Hinblick darauf, was **Vernünftigkeit** ist (*reasonableness*, § 31 Rn. 89), hat Peirce mehr postuliert als begründet, dass sie sich gleichsam unmittelbar, also ohne Worte (wohl aber durch Zeichen!), kurz: ästhetisch **zeigt** (*Peirce*, Artikel „Pragmatic and Pragmatism" in Baldwins Dictionary of Philosophy and Psychology (1901/1902), in: CP 5.3; deutsch in: Schriften, S. 316. – Zu allem im Einzelnen *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 183–212, 344–369, 379–381.

34 Etwa *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 451, 454, wo von realitätsgebundenen und weniger realitätsgebundenen Probanden die Rede ist.

35 Siehe § 30 III.

36 Dabei hat er als Meta-Ebene (wörtlich: die Ebene „dahinter") geradezu einen *backstage*-Bereich vor Augen: das Gespräch an den Kaffeeautomaten im Büro, siehe *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 13). Ganz ebenso hatte Kant übrigens in der Kritik der Urteilkraft gar nicht so sehr Kunst oder Theater vor Augen, sondern die Gespräche beim Essen in geselliger und gebildeter Runde, siehe *Lege*, Pragmatismus (Fn. 33), S. 313 mit weiteren Nachweisen in Fn. 34.

37 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 13.

38 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 127. – Kahneman weist nebenbei darauf hin: Das Wort Heuristik hat dieselbe Wurzel hat wie der Ausruf „Heureka!" = ich habe [die Lösung] gefunden." Wir kennen diese Wurzel (das Verb *heureín*) aus der antiken Gerichtsrhetorik: Die Stoffsammlung, lateinisch *inventio*, hieß auf Griechisch *heúrēsis* (§ 2 Rn. 6 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Was ein „Bias" ist – in der deutschen Übersetzung von Kahnemans Buch: eine „kognitive Verzerrung" –, muss man sich geradezu aus dem Kontext zusammenreimen. So heißt es:

> „Die Leistungsfähigkeit von System 1 wird jedoch durch kognitive Verzerrungen beeinträchtigt [im orig. **Biases**], [das heißt durch] systematische Fehler, für die es unter spezifischen Umständen in hohem Maße anfällig ist."[39]

Es drängt sich daher der Eindruck auf, dass Heuristiken und Biases im Grunde dasselbe sind: 22

> Biases sind Heuristiken, wenn diese nicht passen (wenn sie „inadäquat" sind).
>
> Vielleicht kann man auch sagen: Heuristik ist die **Beschreibung**, Bias die **Bewertung** der Wahrnehmung einer Entscheidungssituation.[40]

Kahneman räumt selbst ein, er habe sich in seinen Grundbegriffen System 1 und System 2 „wenig um Konsistenz bemüht".[41] Das Gleiche gilt nach meinem Eindruck für die Begriffe Heuristik und Bias – und zwar schon in dem berühmten Aufsatz, für den es den Nobelpreis gab: *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*[42]. „Er beschrieb die vereinfachenden Abkürzungen des intuitiven Denkens und erläuterte etwa zwanzig kognitive Verzerrungen [*biases*] als Beispiele dieser Heuristiken."[43] 23

Betrachten wir deshalb nun einige Heuristiken und Biases genauer!

2. Heuristiken: wenn das Bauchgefühl schnelle Lösungen findet

Heuristiken, so kann man es auch formulieren, sind einfache Problemlösungsmechanismen. Sie führen ohne langes Nachdenken zu einem Ergebnis, das nicht weiter in Frage gestellt wird – und das oft auch zutrifft. Oder vielleicht besser: bei dem es nicht so wichtig ist, wenn man sich getäuscht hat. „Ausnahmen", so sagt man sich dann, „bestätigen die Regel". 24

a) Simple Allerweltsheuristiken (ein einfacheres Problem lösen, Halo-Effekt etc.)

Eine besonders häufige Heuristik besteht darin, dass man in einer Entscheidungssituation statt der schwierigen Frage, auf die es ankommt, eine andere Frage beantwortet, die sich leichter beantworten lässt (Kahneman nennt dies „Ersetzung"[44]). 25

---

39 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 38; es geht wie folgt weiter: „Wie wir sehen werden, beantwortet es manchmal Fragen, die leichter sind als jene, die ihm gestellt werden, und es versteht kaum etwas von Logik und Statistik." Siehe auch a.a.O. S. 13 f., ferner S. 79.

40 Im Vorgriff könnte man sogar sagen, es handele sich um ein anderes *Framing* (sogleich Rn. 49) desselben Phänomens. Oder vielleicht mit Luhmann: um Beobachtungen erster und zweiter Ordnung?

41 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 103.

42 Science vol. 185 (1974), S. 1124–1131, https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/science.185.4157.1124 <09.07.2024>. Er findet sich in deutscher Übersetzung als Anhang in Kahneman (Fn. 5), S. 521–544. Es folgt dort dann auch in Übersetzung der zweite Nobelpreis-Aufsatz: Choices, Values, and Frames, in: The American Psychologist 39 (1984), 341–350.

43 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 19.

44 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 127–135.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schon erwähnt wurde der Börsenmakler, der bei einer Automobil-Aktie die Frage, ob sie derzeit unterbewertet ist – so dass man sie kaufen sollte –, zu Gunsten eines Bauchgefühls beiseite schob: „Ford? Die bauen einfach tolle Autos".[45] Und die Antwort auf die (schwere) Frage, ob man glücklich ist, hängt offenbar davon ab, ob man zuvor die (leichtere) Frage gestellt bekam, wie viele Verabredungen (*dates*) man im letzten Monat hatte.[46]

26 Eine weitere Heuristik bezeichnet Kahneman als Halo-Effekt (englisch *halo* = Mondring, Lichtkranz, Heiligenschein).[47] Wir beurteilen Menschen zu sehr nach dem ersten Eindruck …

Alan: intelligent – fleißig – impulsiv – kritisch – eigensinnig – neidisch

Ben: neidisch – eigensinnig – kritisch – impulsiv – fleißig – intelligent

… und halten deshalb Alan für sympathischer als Ben, obwohl beide exakt die gleichen Eigenschaften haben. Auch Politiker werden oftmals nicht danach beurteilt und gewählt, ob sie kompetent sind, sondern ob sie so aussehen – Kahnemans Beispiel ist der offenbar berüchtigte amerikanische Präsident Warren G. Harding (1865–1923, Amtszeit 1921–1923).[48]

Im englischen Sprachraum heißt es deshalb gern: *Dont't judge a book by its cover*.

b) Expertenwissen

27 Eine andere Art von heuristischer „Intuition" ist das Bauchgefühl von Experten – seien es die Kunstexperten (s.o. III 3), der Feuerwehrhauptmann (s.o. II 1) oder der Börsenmakler (oben vor I).[49] Dies ist, wie Kahneman immer wieder betont, zwar immer noch eine Sache von „System 1", aber doch in einer anderen Liga: Derartige „Intuitionen" sind nichts als ein „Wiedererkennen von Mustern"[50] und setzen deshalb ein gründliches Studium dieser Muster voraus (oder wenn man will: dieser Zeichenkombinationen, dieser Sinnzusammenhänge, siehe § 5 Rn. 40–59). Und natürlich auch: ein entsprechendes, zum Teil sicher angeborenes Talent (mancher ist und bleibt mehr, mancher weniger mathematisch oder musikalisch begabt).

Auf „Mustererkennung" bei der richterlichen Kognition (!) legt die Methodenlehre von Hans-Joachim Strauch einen Schwerpunkt, und zwar sowohl hinsichtlich der Rechtsfrage als auch hinsichtlich der Tatfrage.[51] Und wie gut kompatibel Kahnemans Ansatz mit unseren Überlegungen zu Logik und Semiotik ist (§ 5), zeigt diese Be-

45 Siehe Rn. 2.

46 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 132. Das Experiment hat offenbar den kulturellen Hintergrund (*frame*?), dass (a) die Befragten amerikanische Psychologie-Student/inn/en waren und (b) in diesem Soziotop das *date* eine Institution ist, die Ansehen und Selbstwertgefühl erheblich steigert.

47 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 108 f.

48 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 291.

49 Nebenbei: Wahre Experten sind für *Kahneman* (Fn. 5), S. 295, offenbar Feuerwehrleute und Krankenpfleger, weniger verlässliche Experten sind Klinikärzte, Stockpicker, Politikwissenschaftler.

50 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 23, 292.

51 *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition", 1. Auflage, Freiburg i.Br. 2018, durchgehend und besonders Teil E, S. 527–597; 2. Auflage, Baden-Baden 2022, S. 543–611.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

merkung: „Beim Schach spielen wiederkehrende Muster interagierender Figuren die Rolle von Buchstaben, und eine Schachposition ist ein langes Wort oder ein Satz."[52]

Allerdings stellt sich dann immer wieder die Frage, ob man den Experten trauen kann 28
oder ob man es mit Scharlatanen zu tun hat, mit Menschen, die eine Kompetenz für sich beanspruchen, die sie nicht haben, manchmal sogar: nicht haben *können* (s.u. VI).

Man denke nochmals an Astrologie und an Verschwörungstheorien, vor allem aber an Sokrates. Sein „Projekt" war ja nur: den Schein-Experten, insbesondere unter den Politikern, zu zeigen, dass sie nicht *wirklich* wussten, was sie zu wissen glaubten.[53] Also etwa: was Tugend oder was Gerechtigkeit ist.[54]

3. Biases: wenn Bauchgefühl allein inadäquat (unangemessen) ist

Was die sogenannten Biases angeht, sollte man vielleicht schon hier fragen, ob die 29
deutsche Übersetzung „Verzerrung" die Sache gut trifft. Wir hatten eingangs schon angedeutet, dass es so etwas wie unverzerrte Wahrnehmung wohl gar nicht gibt, dies wird sich sogleich bestätigen (unter IV). Daher sollte man statt von kognitiver „Verzerrung" besser von bestimmten Neigungen oder Prädispositionen unseres Denkens und Fühlens sprechen, vielleicht auch von Perspektiven, Tendenzen oder gar „Filtern".

Vermutlich trifft „Prädispositionen" die Sache am besten. Aber es ist zuzugeben: „Biases" und „Verzerrungen" klingt *sexier* (und System 1 mag das).

Ein geniales Beispiel dafür, dass eine bestimmte Prädisposition – wörtlich: eine Vor- 30
Ein-Stellung – die Wahrnehmung des Problems und die darauf folgende Entscheidung beeinflusst, ist das folgende Experiment[55]:

Problemsituation 1: Zusätzlich zu Ihrem bisherigen Vermögen erhalten Sie 1000 Dollar. Jetzt sollen Sie sich für eine dieser beiden Optionen entscheiden:

eine 50-prozentige Chance, 1000 Dollar zu gewinnen,
oder 500 Dollar sicher erhalten.[56]

Problemsituation 2: Zusätzlich zu Ihrem bisherigen Vermögen erhalten Sie 2000 Dollar. Jetzt sollen Sie sich für eine dieser beiden Optionen entscheiden:

eine 50-prozentige Chance, 1000 Dollar zu verlieren,
oder 500 Dollar sicher verlieren.

52 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 294.

53 *Platon*, Die Apologie des Sokrates, 21b bis 22a. – Bei der Apologie (vgl. englisch *to apologize*) handelt es sich um die von Platon nacherzählte Verteidigungsrede des Sokrates vor dem Athenischen Volksgericht gegen die Anklage der Gotteslästerung und der Verführung der Jugend. – Zur Zitierweise: Zitiert wird mit Seitenzahl und Randbuchstabe nach der sogenannten Stephanus-Ausgabe, die im Jahr 1578 von einem gewissen Henri Estienne in Genf besorgt wurde. Die erste Seite kann im Internet betrachtet werden: https://de.wikipedia.org/wiki/Stephanus-Paginierung <2.1.2023>.

54 Siehe zur Tugend (*aretê*) *Platons* Dialog „Menon", zur Gerechtigkeit (*dikaiosýnē*) den Dialog „Politeía" (oft fälschlich übersetzt mit „Der Staat"); Nachdichtung: *Joachim Lege*, „Politeía". Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

55 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 345.

56 So schön das Experiment ist: Ich vermute, dass es die Wahrnehmung der Situation verändern würde, wenn man zweimal das Wort „weitere" hinzufügt: „weitere 1000 Dollar" als Glücksspiel bzw. „weitere 500 Dollar" als sichere Option. Vielleicht würde schon dies die Risikofreude erhöhen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

31 Der Witz daran ist, dass sich in beiden Situationen, rational betrachtet, *dasselbe* wirtschaftliche Problem stellt: Man muss eine Wahl treffen zwischen einem sicheren Gewinn von 1500 Dollar und einem Glücksspiel, an dessen Ende man entweder um 1000 oder um 2000 Dollar reicher ist. Und doch gab es emotional offenbar einen Unterschied, der einen Unterschied machte: In Problemsituation 1 entschied sich die große Mehrheit dafür, 500 Dollar zu erhalten, in Problemsituation 2 zog die große Mehrheit das Glücksspiel vor.

32 Worin besteht nun der Unterschied? Nun, es kommen zwei Prädispositionen zusammen:

Erstens erleben Menschen im allgemeinen – also statistisch gesehen (dazu Rn. 51–55) – Verluste stärker als Gewinne (Verluste „drohen", Gewinne „winken" nur). Kahneman und Tversky nennen dies die *Verlustaversion* (sogleich Rn. 36–37).

Zweitens gibt es für die Beurteilung einer Situation, hier: eines Vermögenszustandes, keinen absolut richtigen einzigen Punkt. Vielmehr „sieht" man nicht diesen Zustand, sondern Gewinne und Verluste, und diese werden von einem bestimmten *Referenzpunkt* her beurteilt[57] – meist ist dies der Punkt des *status quo* (= des Zustands „zuvor", die Summe dessen, was man schon „hatte"). Und dies waren in der ersten Variante „gefühlte 1000 Dollar", in der zweiten „gefühlte 2000".[58]

IV. Die Basic Biases (Grund-Verzerrungen) der Wahrnehmung

33 Vor diesem Hintergrund kann man die Lehren von Kahneman und Tversky nun etwas stärker systematisieren und zunächst die *Basic Biases* herausstellen: die Grund-Prädispositionen, die „uns" (als statistisch-verteilt betrachtet durchschnittliche Menschen) in unseren Wahrnehmungen leiten (IV). Daran lässt sich dann ein Anwendungsteil anschließen, der Tipps und Tricks zunächst wertfrei darstellt (V), bevor man fragen kann, ob einige dieser Tricks vernünftiger sind (*more reasonable*) als andere (VI).

Deutsche Juristinnen und Juristen sind es ja gewohnt, ihre Rechtsgebiete in einen Allgemeinen Teil und einen Besonderen Teil zu untergliedern.

1. What You See Is All There Is (WYSIATI)

34 Die wichtigste und sozusagen Erste Basisverzerrung unserer Wahrnehmungen beruht darauf, dass unser Gehirn nur eine begrenzte Anzahl von Informationen gleichzeitig verarbeiten kann. Die magische Zahl scheint sieben zu sein, plus/minus zwei.[59]

Für das Gehirn besonders attraktiv ist offenbar die Anzahl von fünf oder drei Gliedern (*items*) – vielleicht beruht der Zauber des Syllogismus (§ 34 Rn. 76) und insbesondere des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, dazu § 8) auch darauf.

57 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 338–340.

58 Vgl. *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 345 f.

59 *George A. Miller*, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in: Psychological Review. 63 (1956), 81–97; Kahneman bezieht sich in seinem Buch allerdings nicht auf diese Lehre.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Es ist, nebenbei, kein Zufall, dass Luhmann für seine Theorie sozialer Systeme deutlich mehr als fünf Grundbegriffe nennt, nämlich gleich 33.[60] Er will damit offenbar zeigen (zeigen!), dass der Gegenstand seiner Theorie – also soziale Systeme – komplexer ist, als wir es uns gewöhnlich vorstellen – etwa, wenn wir über „Markt oder Staat"[61] räsonieren.

Diese Begrenzung führt dazu, dass man in einer jeden beliebigen Situation nicht mehr als diese *seven (plus or minus two) items* auf dem Schirm haben *kann*. Wenn man die Dinge umfassender betrachten will, muss man gleichsam einen Schritt zurücktreten, Abstand gewinnen und sich der Situation erneut nähern. Gelegentlich hilft es schon, einmal vor die Tür zu gehen.

Manchmal ist ein solches Innehalten allerdings nicht möglich, oder es scheint zumindest so, etwa wenn großer Zeitdruck besteht. In diesen Situationen ist es „wirklich" so, dass es für uns außerhalb dessen, was wir auf dem Schirm haben, *nichts* gibt: *What you see is all there is* (WYSIATI).[62] 35

> Ein Trick, andere zu täuschen, besteht daher darin, sie zum Schein in solche Situationen hineinzubugsieren. Klassisch: Einem potentiellen Käufer wird weisgemacht, es habe vorhin gerade „der Herr Dr. Müller" an diesem Objekt Interesse gezeigt. Dieser vermeintliche Konkurrenzdruck erhöht die Kaufbereitschaft ungemein.
>
> Nebenbei: Reicht diese Täuschung aus für einen Betrug, § 263 StGB?[63]

Zudem können wir offenbar Dinge, die wir einmal auf dem Schirm haben, nicht oder nur schwer wieder ausblenden – gerade auch völlig irrelevante oder gar unzulässige Informationen, die uns trotzdem beeinflussen („Der Kläger ist übrigens vorbestraft").[64]

2. Verlustaversion

Die zweitwichtigste Basisverzerrung ist die schon erwähnte Verlustaversion: Menschen (als statistisch-verteilte Durchschnittswesen) bewerten Verluste höher als Gewinne – grob genommen doppelt so hoch.[65] Bei routinemäßigen Geschäften spielt diese Verlustaversion keine Rolle.[66] Sobald es etwas schwieriger wird, sobald man nachdenken muss, kommt sie jedoch ins Spiel und „stupst" (*nudges*)[67] unsere Entscheidungen in eine bestimmte Richtung. 36

60 *Luhmann*, Soziale Systeme (Fn. 8), S. 12.

61 *Joachim Lege*, „Markt oder Staat?" Über eine schiefe, ideologische Alternative, in: Eva-Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2015, S. 339-350.

62 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 112–115.

63 Wohl nicht, wenn kein Schaden entsteht, wenn, mit anderen Worten, die Sache den Preis wert ist.

64 *Jörg Risse*, Der Homo iuridicus – ein gefährliches Trugbild, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2018, 2848-2853 (2849 f.).

65 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 347 f. mit graphischer Kurve zu den Koordinaten „Betrag in Dollar" und „psychologischer Wert".

66 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 362.

67 Klassisch dazu – in Fortführung der Kahneman-Schule – *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness (2008), deutsch: Nudging – Wie man kluge Entscheidungen anstößt, Berlin 2009.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Man betrachte nochmals das Beispiel bei Rn. 30: Wählen wir einen sicheren Gewinn bzw. einen sicheren Verlust, oder lassen wir uns auf ein Risiko ein?

37 Nach Kahnemans Einschätzung ist dieses Konzept der Verlustaversion „der wichtigste Beitrag der Psychologie zur Verhaltensökonomik“[68]. Das Konzept erklärt eine ganze Reihe von Phänomenen, etwa die Vorliebe für schlechte Nachrichten[69] und den sogenannten Endowment-Effekt („Besitzeffekt“[70]): Wenn man etwas „hat“, gewinnt es plötzlich an Wert, sobald man es zu verlieren droht (droht!). Beispiele:

A und B haben anfangs das gleiche Gehalt und die gleiche Anzahl von Urlaubstagen. Sodann erhält A mehr Urlaub, B mehr Gehalt – die Proportion beider Größen bleibt aber gleich.[71] Nach einer gewissen Gewöhnungszeit möchte keiner mit dem anderen tauschen, d.h. auf seinen *status quo* an Urlaub oder Geld verzichten.[72]

Dobelli schildert als eigenes Erlebnis, er habe einmal einen Oldtimer-BMW gekauft und den Kauf lange bereut – bis ihm jemand für den Wagen doppelt so viel geboten wie er selbst bezahlt habe. Da habe er sich von dem Auto nicht mehr trennen können.[73]

3. Selbstüberschätzung

38 Die dritte Grundtendenz (*Basic Bias*, Grundverzerrung) bei den meisten Menschen ist Selbstüberschätzung.[74] Wir sind im Allgemeinen zu optimistisch, was unsere Fähigkeiten angeht, und nehmen uns selbst zu wichtig. Beispiele:

a) Überbewertung des eigenen Beitrags

39 Ein gerade für das Recht wichtiger *bias* liegt darin, dass die Menschen im allgemeinen dazu neigen (Statistik!), bei Gemeinschaftsprojekten ihren eigenen Beitrag stets höher einzuschätzen als den Beitrag der anderen.[75] Dies ist, wenn man so will, ein Unterfall gleich zweier *Basic Biases*, nämlich Verlust-Aversion (wir bewerten Verluste höher als Gewinne)[76] und Selbstüberschätzung.

Es erklärt jedenfalls, weshalb vermutlich in den meisten Zweierbeziehungen beide Seiten meinen, mehr zu investieren als die andere Seite. Es erklärt zudem, weshalb die Bereitschaft, Steuern zu zahlen, meist gering ist und Steuerhinterziehung von vielen eher als ein Kavaliersdelikt gewertet wird.

---

68 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 369.

69 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 370.

70 Wörtlich ist *endowment* die (Erst-) Ausstattung, die man erhält, wenn man z.B. eine Professur oder eine Stelle im Management erhält (zwei Räume mit Durchgangstür, eine Vollzeitstelle Sekretariat, zwei Assistenten). Das will man sich nicht wieder nehmen lassen.

71 Mit anderen Worten: Was A an Urlaub „mehr“ bekommt, bekommt B „mehr“ an Geld. Oder: Der zusätzliche Geldwert bei B entspricht dem zusätzlichen Urlaubswert bei A. Gemäß dem sogenannten Pareto-Optimum werden A und B also völlig gleichwertig behandelt.

72 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 356 ff.

73 *Dobelli*, Klares Denken (Fn. 4), S. 133–136.

74 *Kahneman*, Denken (Fn. 5) wählt „Selbstüberschätzung“ geradezu als Überschrift für Teil III (von fünfen) seines Buches (S. 245–328).

75 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 166.

76 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 347–351 und öfter.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Expertenillusion

Ein weiteres Beispiel für Selbstüberschätzung ist die Illusion von Experten hinsichtlich der Relevanz ihrer Expertise. Sie halten das, was sie schon immer gemacht haben, für sachgerecht und richtig, ja für „gekonnt" – auch wenn ihr Erfolg ein Ergebnis des Zufalls ist. Nach Kahneman trifft dies ganz besonders bei Fondsmanagern auf dem Wertpapiermarkt zu.[77] 40

> So kam Kahneman nach Auswertung einer Tabelle der Anlageergebnisse von 25 Vermögensberatern über 8 Jahre zu dem Schluss, dass ihre mit Bonus belohnten Erfolge – relativ zueinander – das Ergebnis reinen Zufalls bzw. Glücks waren, nicht etwa das Ergebnis von mehr oder weniger Können. Hätte es wirklich kompetentere und weniger kompetente unter ihnen gegeben, dann hätte sich dies auf lange Sicht in der Statistik niederschlagen müssen.[78]
>
> > Fragwürdig sind vor diesem Hintergrund die sogenannten Leistungszulagen in der neuen Professoren-Besoldung (seit 2002).[79] Insbesondere die Einwerbung von Drittmitteln dürfte zum großen Teil Glückssache sein – umso stärker, je mehr sie verlangt wird.

Des Weiteren stellt sich vor diesem Hintergrund natürlich auch hinsichtlich dessen, was **Juristen** tun und „schon immer" getan haben, die Frage: 41

> ob es nicht auf einer Selbsttäuschung beruht.

Ist die juristische Methode vielleicht doch etwas eher Unangemessenes, ja Menschenverachtendes? Und ganz ebenso, ja mehr noch, die Juristenausbildung, insbesondere die deutsche? Trifft dies vielleicht sogar für den „Gegenstand" zu, mit dem wir es zu tun haben, also für das Recht? So dass man es irgendwie „transformieren" sollte?[80]

> Ich komme darauf zurück (§ 40).

c) Sonstiges (Planungsfehler, Autofahrer und Professoren)

Der wohl schlagendste Beweis für die Neigung (den *bias*), die eigenen Fähigkeiten zu überschätzen, sind allzu optimistische Planungen: Man nimmt sich immer zu viel vor und unterschätzt die Kosten. 42

77 Extrem deutlich *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 263: „Eine bedeutende Branche scheint weitgehend auf einer ‚Kompetenzillusion' (*illusion of skill*) zu beruhen"; siehe auch S. 323.

78 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 266–268; denn Kriterium für Kompetenz ist die „Konsistenz individueller Leistungs*unterschiede*" (Hervorhebung J.L.). Die Reaktion der Vermögensberater auf dieses Ergebnis war natürlich Ablehnung: „Ich habe sehr viel für diese Firma geleistet, und das kann mir niemand nehmen."

79 Gesetz zur Reform der Professorenbesoldung (Professorenbesoldungsreformgesetz – ProfBes-ReformG) vom 16. Februar 2002, BGBl. I S. 686 (Bundesgesetzblatt Abteilung I Seite 686).

80 So die radikale Kritik von *Daniel Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Frankfurt a.M. 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beispiele liegen auf der Hand: Elbphilharmonie[81], Flughafen BER[82]. Krass auch die Kosten für den Neubau des schottischen Parlaments: Von projektierten 40 Millionen stiegen sie auf letztlich 431 Millionen Pfund.[83] Bei Drittmittelprojekten (wie diesem Buch) wird die nötige Zeit meist zu knapp prognostiziert.

43 Besonders amüsant ist schließlich: 90 Prozent der Autofahrer glauben, dass sie überdurchschnittlich gut fahren (*above average effect*).[84] Der gleiche Effekt dürfte sich auch bei der Selbsteinschätzung von Professoren finden.[85]

4. Die Blindheit für Statistik

44 Einen letzten *Basic Bias* schließlich will ich „Blindheit" – oder besser vielleicht: Unterbelichtetheit – „für Statistik" nennen. Wir scheinen in unserem System 1 kein „Organ" für die Wahrnehmung von Wahrscheinlichkeiten – im Sinn von Häufigkeiten – zu haben.

Daher fürchten wir seltene Ereignisse mehr als häufige (z.B. einen Flugzeugabsturz mehr als einen Autounfall).[86]

Oder wir weigern uns anzuerkennen, dass bei jedem, aber wirklich jedem Wurf der Roulette-Kugel die Chancen für „Rot oder Schwarz" genau 50 zu 50 betragen. Wenn die Kugel 20 mal auf Schwarz gefallen ist, setzen alle auf Rot („das muss doch endlich mal kommen"). In Monte Carlo tat sie dies im Jahr 1913 aber erst beim 27. Mal.[87]

45 Anders gewendet: Menschen – und zwar selbst gelernte Statistiker – sind „keine guten intuitiven Statistiker". Sie haben „kein intuitives Gespür" für Wahrscheinlichkeiten.[88]

Dies gilt vor allem dann, wenn die Stichproben klein sind. So liegen zum Beispiel die Landkreise mit der niedrigsten Nierenkrebshäufigkeit der USA in den traditionell republikanischen Bundesstaaten im Mittleren Westen, Süden und Westen. Zugleich liegen dort aber auch die Landkreise mit der höchsten Nierenkrebshäufigkeit. Dies liegt an der Statistik: Bei kleinen Stichproben gibt es mehr extreme Ergebnisse. Es

81 Die Kosten sind laut wikipedia von ursprünglich veranschlagten 186 Millionen (2005) auf 789 Millionen Euro (2013) gestiegen, laut Deutschlandfunk Kultur von 77 Millionen auf knapp 800 Millionen (https://www.deutschlandfunkkultur.de/kostenexplosion-bei-der-elbphilharmonie-wie-hamburg-die-100.html <24.02.2024>).

82 Die Kosten stiegen offenbar von 1,9 Milliarden (2005) auf 5,98 Milliarden Euro (https://de.statista.com/statistik/daten/studie/245914/umfrage/kosten-des-flughafens-berlin-brandenburg/ <24.02.2024>; ich hoffe, dass die Quelle vertrauenswürdig ist). Nach Angaben des SPIEGEL betrugen die Kosten sogar 7,3 Milliarden Euro (https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/flughafen-berlin-brandenburg-ber-kosten-steigen-auf-7-3-milliarden-euro-a-1195101.html <24.02.2024>).

83 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 309.

84 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 321. – Geläufig ist auch die Bezeichnung Lake-Wobegon-Effekt.

85 Allerdings wäre interessant zu sehen, ob sich bei dieser vergleichenden Selbsteinschätzung Unterschiede zwischen Männern und Frauen zeigen.

86 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 396 f.

87 *Dobelli*, Klares Denken (Fn. 4). S. 121–125.

88 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 15 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liegt also nicht etwa an der guten Luft (macht gesund) oder an zu viel Alkohol und Tabak (macht krank).[89]

Wir werden auf diesen Basic Bias („Statistik: Note ‚mangelhaft'") mit zwei weiteren Anwendungsfällen zurückkommen (V 3).

5. Verzerrungen? Prädispositionen!

Zuvor aber noch ein Wort zur Terminologie bzw. zur Übersetzung! Der Begriff *Bias* (und dann auch *Basic Bias*) lässt sich schwer übersetzen. Die Grundbedeutung „Verzerrung" oder auch „Abweichung" suggeriert, dass es einen sozusagen *clean tone*,[90] eine saubere, unverfälschte Wahrnehmung gibt – und wir haben gerade gesehen, dass dies wegen der geschilderten „Grundverzerrungen" nicht der Fall ist. Daher sollte man, wie oben schon angedacht, besser von Neigungen und Perspektiven sprechen, vielleicht auch von Präferenzen oder Beschränkungen der Wahrnehmung, am besten wohl: von Prädispositionen, die wir beim besten Willen nicht ablegen können, selbst wenn wir sie durchschaut haben. 46

Insoweit liegt es genauso wie bei optischen Täuschungen.[91]

Mit Kant könnte man wohl auch von den Grund-Schemata der Urteilskraft sprechen[92] – und hätte damit eine Assoziationsbrücke zu den Schemata der Jurisprudenz (§ 23): Auch sie sind häufig, aber nicht immer angemessen (adäquat).

Wie auch immer: Die Unübersetzbarkeit spricht dafür, für den kognitionspsychologisch-verhaltensökonomischen *Begriff* „Bias" guten Gewissens auch das *Wort* „Bias" zu verwenden. 47

V. Klassische Anwendungsfälle der Basic Biases

Kommen wir nun zu einigen, mittlerweile geradezu klassischen Anwendungsfällen der Basic Biases! 48

Die Gesamtzahl der Biases ist kaum zu überschauen. Wie bereits erwähnt hatten Kahneman und Tversky in ihrem Nobelpreis-Aufsatz von 1974 „rund 20" Biases (oder Heuristiken?) präsentiert. Die beiden Bücher von Dobelli[93] versammeln sogar je 52 „Denkfehler" – was daran liegt, dass es sich bei ihnen um die Sammlung von Beiträgen handelt, die zuvor wöchentlich in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung erschienen waren.

89 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 139–141.

90 Gitarrenverstärker haben gelegentlich zwei Eingänge (Kanäle, *channels*): einen *clean*-Kanal, der das Instrument so verstärkt, wie es „an sich" klingt, und einen Effekt-Kanal, der zum Signal einen Effekt hinzufügt, z.B. eine Verzerrung (*distortion*) oder einen Modulationseffekt wie den sogenannten *chorus*. Den authentischsten Clean-Sound liefert nach h.M. der *Jazz-Chorus 120* der Firma Roland.

91 Ein Beispiel oben § 5 II Rn. 35; siehe auch die Beispiele bei *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 41 und S. 130.

92 Siehe nochmals *Immanuel Kant*, KrV B 176–187 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 176–187; „A" ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

93 Siehe oben Fn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Den Rahmen bestimmen: Framing

49 Der mittlerweile wohl bekannteste, bis in die Alltagssprache[94] vorgedrungene *bias* ist das sogenannte *Framing* (von englisch *frame*, der Rahmen). Je nachdem, wie ein Problem dargestellt wird, werden sich die Menschen überwiegend – also statistisch betrachtet, nicht kausal in jedem Einzelfall! – eher in die eine Richtung oder in die andere Richtung entscheiden.

> Es macht offenbar einen Unterschied, ob man Ärzten dieselbe Information zu einer Operationsmethode in unterschiedlicher Formulierung präsentiert: „Die Überlebensrate liegt bei 90 Prozent" oder aber „Die Sterblichkeitsrate beträgt 10 Prozent".[95]
>
> Oder ein ökonomisches Beispiel: Die Probanden sollen sich vorstellen, sie hätten eine Theaterkarte zu 10 Dollar gekauft und merken nun vor dem Theater, dass sie die Karte verloren haben. Testfrage: „Würden Sie sich eine zweite Karte kaufen?" Antwort: zu 54 Prozent „Nein". Abwandlung: Sie wollen sich ein Theaterstück anschauen und merken an der Kasse, dass Sie einen 10-Dollar-Schein verloren haben. Kaufen Sie sich dennoch eine Karte zu 10 Dollar? Antwort: zu 88 Prozent „Ja". Dabei sind die beiden Situationen, wirtschaftlich betrachtet, völlig identisch![96]

2. Einen Fixpunkt setzen: Anchoring

50 Der vermutlich zweitbekannteste *Bias* wird dadurch verursacht, dass im Prozess der Entscheidung ein „Anker" gesetzt wird (*anchoring*).[97] Dies geschieht vor allem mit Hilfe von Zahlen, etwa bei Vertragsverhandlungen. Selbst wenn man dem Gegenüber sagt, dass ein Angebot von 500 Euro sicher zu niedrig wäre, bleibt diese Zahl bei ihm hängen und zieht gleichsam wie ein Anker das gesamte Spektrum möglicher Preisangebote nach unten. (Das Ganze scheint selbst dann zu funktionieren, wenn das Gegenüber den Trick durchschaut.)

> Mit erfahrenen deutschen Strafrichtern hat man folgenden Versuch gemacht: Man gab ihnen die Beschreibung einer Frau, die einen Ladendiebstahl begangen hatte, und ließ sie dann zwei Würfel werfen – die allerdings gezinkt waren: Sie zeigten für die eine Gruppe von Richtern drei Augen, für die andere neun. Diejenigen, die eine hohe Zahl gewürfelt hatten, erkannten auf eine höhere Strafe – im Schnitt acht Monate – als diejenigen, die die kleine Zahl gesehen hatten (fünf Monate).[98]

---

94 Der Duden kennt *Framing* mit der Bedeutung „durch Medienproduzent *oder* -konsument erfolgende Einbettung eines Themas in einen subjektiven Deutungsrahmen".

95 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 115, detaillierter S. 451 f.

96 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 562 f. – dort die Darstellung in dem Aufsatz von 1984, der zum Nobelpreis geführt hat; dasselbe Beispiel leicht abgewandelt auch S. 456: Da kosten die Karten dann schon 80 Dollar.

97 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 152–163.

98 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 159 f.; weitere Beispiele bei *Risse*, Homo iuridicus, in: NJW 2848 (2850 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Statistik: Note „mangelhaft"

Als einen besonders schwerwiegenden Basic Bias haben wir vorhin schon die „Blind- 51
heit für Statistik" angesprochen und dort zwei weitere Beispiele angekündigt. Hier sind sie:

a) Statistik oder Kausalität? Die Regression zum Mittelwert

Ein gut verborgener[99] *bias* besteht darin, dass Menschen zu einem bestimmten Kate- 52
gorienfehler neigen, nämlich zur Verwechslung von Korrelation (Statistik) und Kausalität. Man „sieht"[100] unmittelbare Zusammenhänge von Ursache und Wirkung, wo in Wahrheit nur ein statistischer Zusammenhang besteht.

> Kahneman hatte eine Zeitlang für die israelische Luftwaffe gearbeitet und von den Ausbildern immer wieder gehört, Lob sei kontraproduktiv und nur Tadel wirksam. Denn: Fast immer, wenn ein Pilot für ein gelungenes Manöver gelobt wird, macht er es beim nächsten Mal schlechter. Brüllt man ihn hingegen wegen einer schlechten Leistung an, macht er es beim nächsten Mal meist besser.
>
> Die Erklärung ist ganz einfach: Lob oder Tadel haben keine unmittelbar kausale Wirkung. Stattdessen sagt die Statistik, dass es nach extremen Leistungen, seien sie besonders gut oder besonders schlecht, die Rückkehr zum Durchschnitt gibt („Regression zum Mittelwert"). Und der ist dann je nachdem schlechter oder besser als das Extrem.[101]

b) Statistik oder Einzelfall, Wahrscheinlichkeit versus Plausibilität (Linda)

Das umstrittenste Experiment von Kahneman und Tversky betraf eine erfundene weib- 53
liche Person Linda, die wie folgt beschrieben wurde:

> Linda ist 31 Jahre alt, Single, freimütig und sehr intelligent. Sie hat Philosophie im Hauptfach studiert. Als Studentin interessierte sie sich sehr für Themen wie Diskriminierung und soziale Gerechtigkeit, sie nahm auch an Anti-Atomkraft-Protesten teil.

Die Frage an die Probanden lautete: Was macht Linda heute? Die folgenden Antworten sollten nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit geordnet werden:

> Linda ist Grundschullehrerin.
> Linda arbeitet in einer Buchhandlung und nimmt Yogakurse.
> Linda ist in der feministischen Bewegung aktiv.
> (…)
> Linda ist Bankkassiererin.

---

99 Die Regression zum Mittelwert und der Unterschied von Korrelation und Kausalität wurde erst im 19. Jahrhundert von Francis Galton entdeckt, siehe *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 224–227. – Ein schönes Beispiel für den Unterschied von Korrelation und Kausalität ist die Häufigkeit von Störchen und Geburten. Alle Statistiken bestätigen: Je mehr Storchenpaare es in einer Gegend gibt, desto mehr Kinder werden dort geboren. Nichtsdestoweniger besteht nur eine Korrelation, keine Kausalität. Siehe etwa *Robert Matthews*, Storks Deliver Babies (p = 0.008), in: Teaching Statistics 22 (2000), S. 36–38. – Zum p-Wert oben Fn. 7.

100 So explizit *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 102.

101 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 219 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Linda ist Versicherungsvertreterin.
Linda ist Bankkassiererin und in der feministischen Bewegung aktiv.

54 Kern des Experiments waren dann freilich nur zwei dieser Antworten:

Linda ist Bankkassiererin.
Linda ist Bankkassiererin und in der feministischen Bewegung aktiv.

Erstaunlicherweise hielten 85 Prozent der Befragten die zweite Antwort für „wahrscheinlicher" – wohl aus dem Gedanken heraus: Wenn jemand wie Linda schon mit einem Job als Bankkassiererin leben muss, dann wird sie wenigstens in ihrer Freizeit feministisch aktiv sein. Die Logik der Statistik lautet hingegen: Die Zahl aller Bankkassiererinnen ist größer als die Zahl der feministischen Bankkassiererinnen, und deren Zahl geht in der ersten Zahl vollständig auf. Also ist es, statistisch betrachtet, „wahrscheinlicher", dass Linda zu dieser größeren Zahl gehört.

55 Vielleicht liegt aber auch hier kein „Denk"fehler vor, sondern eine **Interpretationsvariante** aufgrund semantischer Doppeldeutigkeit: Wenn man den **Einzelfall** Linda vor Augen hat, kann man die Frage nach der „Wahrscheinlichkeit" als Frage nach ihrer persönlichen Entwicklung verstehen – und dann ist es „wahrscheinlicher" im Sinn von *plausibler*, dass sie sich auch als Bankkassiererin treu bleiben wird. Betrachtet man die **Gesamtheit** der Kassiererinnen mit oder ohne feministisches Engagement, dann ist es „wahrscheinlicher" im Sinn von *vermutlich häufiger zutreffend*, dass sie zur Gesamtmenge statt zur Teilmenge gehört.[102]

Darf man daher sagen: **Kahneman** unterliegt **selbst** dem **Bias** professioneller (De-)Formation? Weil er meint, die Probanden müssten die Frage in seinem „Statistiker-Frame" verstehen, nicht im empathischen Ordinary-People-Frame?

4. Rückschaufehler (hindsight bias)

56 Ein besonders häufiger *bias* ist der Rückschaufehler (*hindsight bias*): In der Rückschau erscheint ein Ergebnis als geradezu zwangsläufige Folge der vorangegangenen Aktionen – seien dies nun (a) Taten oder (b) Begründungen. Dadurch gerät aus dem Blick, dass aus der Sicht *ex ante* auch (a) andere Geschehensabläufe vorstellbar gewesen wären oder (b) andere Begründungen möglich und „vertretbar" (§ 33 II).

Besonders gefährlich ist der *hindsight bias*, wenn es um die Beurteilung wirtschaftlicher oder politischer Erfolge – und ihrer Ursachen[103] – geht.[104] Er kann dazu führen, dass besonders skrupellose Akteure in eine starke Machtposition kommen – ich denke an die frühen außenpolitischen Erfolge Hitlers, die selbst in bürgerlichen

102 So im Ergebnis auch die Kritik von *Gerd Gigerenzer*, Bauchentscheidungen. Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 15. Aufl., München 2008, S. 103–107: „wahrscheinlich" kann nicht nur „häufig" heißen, sondern auch „plausibel".

103 Besonders schönes Beispiel bei *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 248: Die beiden Gründer von google (für die Nachwelt: die marktbeherrschende Internet-Suchmaschine) wollten das Unternehmen ein Jahr nach der Gründung für weniger als eine Million Dollar verkaufen, aber dem Käufer war der Preis zu hoch. Heute gehören beide zu den reichsten Menschen der Welt.

104 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 250–257.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kreisen zu der Einschätzung führten: Aha, so muss man das heute wohl machen. Dass Hitler nur ganz unverschämtes (Anfänger-[105]) Glück hatte, wurde ausgeblendet.

> Was die Juristenausbildung angeht, so besteht bei sogenannten Musterlösungen die Gefahr, dass andere vertretbare Begründungen als „falsch" bewertet werden. Der Prüfer oder die Prüferin sollte daher die Aufgabe immer zunächst ganz unbefangen für sich selbst lösen – und auf diese Weise sehen, auf welche Ideen man auch außerhalb des Musters kommen kann. 57

Einen besonders naheliegenden Rückschaufehler scheint im Strafrecht der Begriff „**Fahrlässigkeit**" zu begünstigen: „Wo immer ein Unglück in der Welt geschieht, ertönt der Ruf nach dem Staatsanwalt. Wo der Staatsanwalt gerufen wird, findet er: Fahrlässigkeit."[106] Beispiel: Im April 2011 entstand auf den Feldern südlich von Rostock nach langer Trockenheit ein **Sandsturm**. Er griff über auf die Autobahn A 9, so dass bei Sichtweiten unter zehn Metern 80 Fahrzeuge ineinander rasten; 30 gerieten in Flammen, acht Tote, 130 zum Teil schwer Verletzte. Haben sich die Fahrer wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht? 58

Nun: Fahrlässigkeit wird im ersten Zugriff definiert als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Man unterscheidet dann weiterhin Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit, und schon liegt der Zirkelschluss nahe: „Ein Erfolg[107] ist fahrlässig verursacht, wenn gegen eine Sorgfaltspflicht verstoßen wurde. Gegen eine Sorgfaltspflicht wurde verstoßen, wenn der Erfolg (die Verletzung) eingetreten ist."[108] Aber es kommt doch nicht darauf an, ob es vorhersehbar ist, bei zu hoher Geschwindigkeit auf ein anderes Auto aufzufahren, sondern ob man südlich von Rostock mit Sandstürmen rechnen muss! Und überhaupt: Wie soll man sich richtig verhalten? Wenn man abrupt bremst, fährt einem der Hintermann auf!

> Und deshalb handelt es sich eben nicht um Fahrlässigkeit, sondern um ein Unglück, um ein zufälliges Ereignis. (Auch der Zufall ist ein Sinnzusammenhang![109])

Dass es so etwas wie Rückschaufehler gibt, dessen ist sich die Jurisprudenz in anderen Fällen aber auch einmal bewusst: Im sogenannten Polizei- und Ordnungsrecht, also dem Recht der Gefahrenabwehr, stellt sich gelegentlich die Frage, ob die Polizistin oder die Behörde eine bestimmte Maßnahme ergreifen durfte oder nicht – 59

sagen wir: eine Wohnung aufbrechen, um zu schauen, ob dem Mieter etwas zugestoßen ist.

Bei der Beurteilung dieser Situation kommt es nicht auf Sicht *ex post* an, wörtlich: aus dem Danach (es war ein falscher Alarm), sondern auf die Sicht *ex ante*, wörtlich aus dem Vorher: Die Nachbarn hatten die Polizei alarmiert, weil in der Wohnung immer

105 Zum Anfängerglück *Dobelli*, Klares Denken (Fn. 4), S. 201–204.

106 *Christian Fahl*, Zur Notwendigkeit des Wiedererlernens der Akzeptanz von Unglück in der Welt, in: Juristische Ausbildung (JA) 2012, 808–812.

107 Für Nicht-Juristen ist es immer wieder erstaunlich, dass die Verwirklichung eines Straftatbestandes (Tötung, Körperverletzung, Diebstahl etc.) als „Erfolg" (der Handlung) bezeichnet wird.

108 *Fahl*, in: JA 2012, 808 (810 f.) – Man könnte auch sagen: Mit dieser Formel werden Kausalität und Sorgfaltspflichtverletzung verwechselt, anders gewendet: Man schlussfolgert *post hoc ergo propter hoc* – „danach, also deswegen" –; nochmals anders: Man unterliegt dem *hindsight bias*.

109 Siehe oben § 5 II Rn. 40–59.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wieder Licht brannte und das Radio lief, aber auf ihr Klingeln hin niemand öffnete. Der Mieter hatte sie nicht darüber informiert, dass er (a) länger auf Reisen war und (b) Zeitschaltuhren programmiert hatte.[110]

Der Fachausdruck hierfür lautet dann: Anscheinsgefahr.[111]

VI. Vernünftigkeitsstrategien (strategies of reasonableness)

60 Wir hatten eingangs die Frage gestellt, ob es so etwas wie „unverzerrte" Wahrnehmung gibt, und sie im weiteren Verlauf verneint. Wir hatten zudem die schwierigere Frage gestellt, ob es so etwas wie Vernünftigkeit (*reasonableness*) geben kann, also eine adäquate (passende, angemessene) Wahrnehmung der Welt, eine Wahrnehmung also, die – bei aller Relativität – doch der *Realität* gerecht wird (oder jedenfalls gerechter als andere Wahrnehmungen). Kahneman und Tversky gehen – wenn man so will: ganz intuitiv – offenbar von dieser Möglichkeit aus,[112] und sie haben insoweit eine Reihe von – wie ich es nennen will – Vernünftigkeitsstrategien entwickelt.

Ich selbst definiere Vernünftigkeit als „Probleme dort lösen, wo sie sich stellen" (§ 31 Rn. 89).[113] Was das Adäquate angeht, so definiere ich die Gelungenheit einer Problemlösung als „Angemessenheit nach angemessenen Kriterien" (§ 31 Rn. 100–101, § 33 Rn. 25–27).

Erwähnt sei zudem, dass im Begriff Realität das lateinische *res* = die Sache steckt (auch: die Rechtssache). „Unvernünftig" ist also mehr oder weniger dasselbe wie „unsachlich".

1. Die (hier so bezeichnete) Große Kompetenzformel (für System 1 und System 2)

61 Die erste Strategie ist eher eine allgemeine Empfehlung für das „richtige" Zusammenspiel von System 1 und System 2 (s.o. II 2 und 3) – anders gewendet: für die Abgrenzung ihrer Kompetenzen[114] (für Juristen immer wieder die erste Frage). Kahneman selbst hat diese Empfehlung gar nicht so sehr herausgestellt, ich will sie dennoch als Große Kompetenzformel bezeichnen. Sie lautet:

„Voreilige Schlussfolgerungen (sc. im System 1) sind dann effizient, wenn sie mit hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen, wenn die Kosten eines gelegentlichen Fehlers akzeptabel sind und sie viel Zeit und Mühe sparen. Dagegen sind voreilige Schlüsse riskant, wenn die Situation unbekannt ist, viel auf dem Spiel steht und man keine

110 Fall nach *Friedrich Schoch*, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, in: Juristische Schulung (JuS) 1994, 668, dieser nach Verwaltungsgericht (VG) Berlin, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, 2854.

111 Siehe etwa *Heinrich Lang*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: Claus-Dieter Classen/Jörn Lüdemann, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, § 5 Rn. 69–74.

112 Explizit zum Begriff *reasonable* in der Alltagssprache und in der Ökonomie *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 508–513 – übrigens mit einem Plädoyer für *Nudging*, also Strategien (insbesondere hoheitliche), die die Menschen zu vernünftigen Entscheidungen „anstupsen". – Zum Begriff *Realität* schon oben Rn. 16 und 20 mit weiteren Nachweisen („realitätsgebunden" versus „framegebunden").

113 Siehe auch schon *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. S. 358, 383.

114 Nochmals: im Sinn von Können (kompetent sein) und Zuständigkeit (die Kompetenz haben).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zeit hat, weitere Informationen zu sammeln. Unter solchen Umständen sind intuitive Fehler wahrscheinlich, die allerdings durch gezielte Intervention von System 2 verhindert werden können."[115]

Dass diese Regel nicht immer passt, zeigt das Beispiel des Feuerwehrmanns (oben II 1). 62

Interessant übrigens: Kahneman spricht ganz unbefangen von – wenn auch voreiligen – „Schlussfolgerungen" (im englischen Original: System 1 als *machine for jumping to conclusions*). Auch er geht also davon aus, dass es sich bei den „Intuitionen" nicht um etwas handelt, das außerhalb der Logik läge, sondern um unbewusst ablaufende logische Prozesse.

Dies liegt natürlich ganz auf unserer Linie (s.o. § 5 Rn. 33–36).[116]

2. Abstand gewinnen: Die Preußische Beschwerdeordnung

Eine sozusagen Erststrategie, um einem *Bias* zu entgehen, wurde beim *Anchoring* schon angedeutet: Abstand gewinnen. Wenn man merkt, dass einem ein unverschämtes Angebot gemacht wird, sollte man nicht mit einem ebenso unverschämten Angebot antworten. Vielmehr sollte man eine Show abziehen und die Verhandlung ganz abbrechen: „Mit dieser Zahl auf dem Tisch können wir nicht miteinander reden!"[117] 63

Man denke auch an die Preußische Beschwerdeordnung[118] für das Militär: Soldaten durften sich über Vorgesetzte oder Kameraden beim Disziplinarvorgesetzten beschweren, aber erst nach Ablauf einer Nacht. Für die Bundeswehr findet sich die entsprechende Regelung in § 6 Abs. 1 der Wehrbeschwerdeordnung (WBO),[119] und mittlerweile hat sogar *wikipedia* diesen Gedanken in seinen Nutzerbedingungen aufgegriffen.[120]

3. Checklisten: Der APGAR-Score bei Neugeborenen

Ein simples Mittel, um allzu simple Heuristiken durch ein rationales Programm zu ersetzen, sind Checklisten. Am schönsten ist eine Erfindung der amerikanischen Anästhesistin Virginia Apgar (1909–1974).[121] Ärzte hatten zuvor bei Neugeborenen die Gefahr von bleibenden Schäden eher unsystematisch nach mal diesen, mal jenen Kriterien oder in einer intuitiven Gesamtschau beurteilt. Apgar entwickelte nun, und dies offenbar spontan „aus dem Stand", eine Checkliste, die aus fünf Variablen besteht 64

115 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 105. Siehe auch die Kompetenzabgrenzungen S. 37 f., insbesondere S. 38: „Kurz und gut, der größte Teil dessen, was Sie (Ihr System 2) denken und tun, geht aus System 1 hervor, aber System 2 übernimmt, sobald es schwierig wird, und es hat normalerweise das letzte Wort." Und S. 162 im Kontext des *anchoring*: System 2 schließt ab, System 1 liefert die Daten.

116 Siehe auch schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 113), S. 416–427: „Juristische Erkenntnis als Wertung? – Wider den Intuitionismus".

117 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 161.

118 Für den – damals anlassbezogenen – Hinweis danke ich meinem Kollegen Heinrich Lang.

119 Wortlaut: „Die Beschwerde darf frühestens nach Ablauf einer Nacht und muss innerhalb eines Monats eingelegt werden, nachdem der Beschwerdeführer von dem Beschwerdeanlass Kenntnis erhalten hat."

120 https://de.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Preu%C3%9Fische_Nacht <24.12.2022>.

121 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 280 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Herzschlag, Atmung, Reflex, Muskeltonus und Hautfarbe), die je nach Robustheit mit 0, 1 oder 2 Punkten bewertet werden. Bei niedriger Punktzahl muss das Kind sofort auf die Intensivstation.

Die Anfangsbuchstaben dieses *APGAR-Score* können wunderbarerweise sowohl im Englischen als auch im Deutschen zum Akronym werden: **A**ppearance, **P**ulse, **G**rimace, **A**ctivity, **R**espiration bzw. **A**tmung, **P**uls, **G**rundtonus, **A**ussehen, **R**eflexe.

4. Das Framing (den Horizont) erweitern: Über den Einzelfall hinaus denken

65 Besonders erhellend ist das folgende, freilich etwas mühsame Experiment.[122] Es zeigt, dass es trotz der Möglichkeit verschiedener Framings bisweilen möglich ist, ein *eindeutig bestes* Framing zu identifizieren.

Stellen Sie sich vor, Sie müssen in *einer* Situation *zwei* Entscheidungen (Nr. 1 und Nr. 2) treffen. Welches *Paar* von Entscheidungen (A oder B aus Nr. 1 plus C oder D aus Nr. 2) werden Sie zusammenstellen?

Entscheidung 1: Wählen Sie zwischen
A Sicherer Gewinn von 240 Dollar (*kein Druckfehler*!).
B 25 prozentige Chance, 1000 Dollar zu gewinnen,
und 75 prozentige Chance, nichts zu gewinnen.

Entscheidung 2: Wählen Sie zwischen
C Sicherer Verlust von 750 Dollar.
D 75 prozentige Chance, 1000 Dollar zu verlieren,
und 25 prozentige Chance, nichts zu verlieren.

66 In beiden Entscheidungen, einzeln betrachtet, wird man vermutlich A und D wählen: Ein sicherer kleiner Gewinn ist verlockender als die geringe Wahrscheinlichkeit eines deutlich höheren Gewinns (A), und eine geringe Chance, nichts zu verlieren, ist immer noch verlockender als ein sicherer Verlust von immerhin 750 Dollar (B).

Betrachtet man die Entscheidungen jedoch als *Paar*, so ergeben sich *per saldo* vier Kombinationen, von denen zwei besonders interessant sind:

AD 25 prozentige Chance, 240 Dollar zu gewinnen,
und 75 prozentige Chance, 760 Dollar zu verlieren.

BC 25 prozentige Chance, 250 Dollar zu gewinnen,
und 75 prozentige Chance, 750 Dollar zu verlieren.

67 Man sieht, dass die zweite Kombination (BC) um 10 Dollar besser und damit die *eindeutig* rationalere Doppelentscheidung ist. Dennoch haben sich für BC nur 3 Prozent der Testpersonen entschieden, während die schlechtere Variante (AD) von 73 Prozent gewählt wurde.

Für Juristen ist die Lehre aus diesem Experiment freilich keine Überraschung: Man sollte niemals nur den Einzelfall betrachten, sondern ihn mit ähnlichen Fällen vergleichen.

122 K*ahneman*, Denken (Fn. 5), S. 411 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wie auch immer, als Regel kann man festhalten:

„Breitere Frames (…) führen im Allgemeinen zu rationaleren Entscheidungen."[123]

5. Das Vertrauen in Experten prüfen

Ein weiteres Mittel, um die Urteile bzw. Entscheidungen vornehmlich anderer (aber auch seiner selbst) richtig zu bewerten, ist die Überprüfung von Expertentum. Die „System 1"-Intuitionen von Experten – seien es nun Feuerwehrleute, Börsenhändler oder Juristen – sind nur dann vertrauenswürdig, wenn sie auf wirklicher Expertise beruhen. Dies setzt, so Kahneman,[124] dreierlei voraus: 68

(1) Die Umgebung, auf die sich die Urteile (Entscheidungen, Prognosen) beziehen, ist hinreichend regelmäßig, um vorhersagbar zu sein.

(2) Der Experte oder die Expertin hatte Gelegenheit, diese Regelmäßigkeiten durch lange Übung zu studieren.

(3) Dabei gab es zügige und unzweideutige Rückmeldungen (*feedback*) über die Richtigkeit von Gedanken und Handlungen.

Besonders wichtig scheint mir dabei die erste Voraussetzung zu sein: die Regelmäßigkeit, und das heißt: Berechenbarkeit des Gegenstandes, auf den sich die Urteile der Expertinnen oder Experten beziehen. 69

Kahnemans Beispiele sind Schach – ja, berechenbar – und die Finanzmärkte – nein, sondern überwiegend von Zufall beherrscht. Die „Experten" mögen daher mehr oder weniger Glück haben – aber mit Expertise hat das nichts zu tun (siehe schon oben Rn. 40-41).

Bemerkenswert ist sodann Kahnemans ethische Folgerung: „Es ist falsch, jemandem einen Vorwurf daraus zu machen, dass er in einer unvorhersagbaren Welt keine genauen Vorhersagen liefert. Allerdings ist es durchaus angemessen, Experten dafür zu rügen, dass sie glauben, eine unmögliche Aufgabe erfolgreich bewältigen zu können."[125]

Ebenso bemerkenswert ist die Folgerung für Vernünftigkeit: „Wenn es keine stabilen Regelmäßigkeiten in der Umgebung gibt, kann man der Intuition (sc. auch von Experten) nicht vertrauen."[126]

Die Folgerungen für das Recht liegen auf der Hand: Wenn das Recht zu unübersichtlich und/oder zu häufig geändert wird, dann können juristische Experten auch mit der besten Methode wenig ausrichten. Das Recht wird dann mehr und mehr zum Glücksspiel oder gar durch andere Konfliktlösungen ersetzt. 70

123 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 457; s. auch S. 412 f. und S. 438: „Die emotionalen Reaktionen von System 1 bestimmen mit viel größerer Wahrscheinlichkeit die Einzelbewertung; der Vergleich, der bei der gemeinsamen Beurteilung stattfindet, geht immer mit einer gründlicheren und anstrengenderen Bewertung einher, die System 2 in Anspruch nimmt."

124 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 296 f., 300, 515.

125 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 298.

126 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 298.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Objekt, das mich in der großen Ausstellung des Jahres 2006 über das Ende des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation (1806) mit am meisten beeindruckt hat, war ein dickes Buch (ein „Wälzer") zum Erbrecht der europäischen Herrscherdynastien. Dieses Rechtsgebiet war offenbar derart unübersichtlich geworden (welcher Erbe hat Anspruch auf welchen Thron?), dass man es juristisch nicht mehr valide, d.h. konsensfähig, beurteilen konnte – folglich durfte man sich guten Gewissens in die sogenannten Erbfolgekriege stürzen.[127]

Die Idee der Berechenbarkeit des Rechts ist natürlich nichts anderes als die – richtig verstandene – Idee des Rechtsstaats. Geradezu perfid ist es daher, wenn der Staat in immer schnellerer Frequenz immer schlechtere Gesetze macht und dann den Juristen die Schuld gibt, wenn es nicht funktioniert (*blame the victim* – auch ein bekannter *bias*).

6. Weitere Strategien

71 In Kahnemans Werk findet sich kein System und auch keine abschließende Liste seiner Vorschläge, wie man vernünftige oder zumindest vernünftigere Entscheidungen trifft. Erwähnt seien daher nur noch zwei weitere.

a) Eine Außensicht gewinnen, insbesondere: Prognosen korrigieren

72 Wenn es um Prognosen geht – etwa bei der Planung von Großprojekten – sollte man nicht nur das einzelne Vorhaben betrachten (eine Elbphilharmonie, einen Flughafen, ein Buchprojekt) sondern versuchen, eine Außensicht zu gewinnen.[128] Man sollte schauen, ob es vergleichbare Projekte gibt, seien es abgeschlossene oder auch gescheiterte, und feststellen, wie viel sie tatsächlich an Zeit und Geld verschlungen haben.

Dass „versunkene Kosten" kein Grund sind, an einem Projekt festzuhalten („jetzt haben wir schon so viel hineingesteckt"),[129] sei wenigstens am Rande erwähnt.

Wenn man für diese Projekte einen Durchschnitt ermittelt hat (Referenzwert, Basisprognose), überlege man, wie sehr sich der nun zu beurteilende Einzelfall von ihnen positiv oder negativ unterscheidet – und je nachdem korrigiere man seine Prognose nach oben oder nach unten.[130]

Denkbar sind freilich auch Extremfälle: Man weiß über den Einzelfall so gut wie nichts, hat aber Vergleichsfälle, oder man weiß viel über ihn und hat keine Vergleichsfälle. Im ersten Fall bleibe man beim Referenzwert, im zweiten folge man seiner Intuition.[131]

---

127 Die bekanntesten sind wohl der Spanische (1701–1714) und der Österreichische Erbfolgekrieg (1740–1748).

128 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 303–314.

129 Ein ökonomischer Allgemeinplatz, siehe *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 425 (schlechtem Geld gutes Geld hinterherwerfen), auch S. 457.

130 Genauer: *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 311, auch S. 237 und 239.

131 Genauer *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 236–242 (mit dem Beispiel eines Berufungsverfahrens für eine Professur) und S. 310 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Wie ein Händler denken: Güter zum Tausch und Güter zur Nutzung

Menschen unterscheiden offenbar zwischen Gütern zum Tausch (insbesondere Geld) und Gütern zur Nutzung (zum „Haben", zum „Besitzen").[132] Um sich vor unvernünftigen Ausgaben zu schützen – Spontankäufe ereignen sich gern, wenn das System 2 erschöpft ist –, sollte man sich diesen Unterschied verdeutlichen und sodann „wie ein Wertpapierhändler denken"[133] – oder überhaupt wie ein Händler: Wie sehr will ich dieses Gut – im Vergleich mit anderen Gütern, die ich stattdessen haben könnte – *besitzen*? 73

Kahneman empfiehlt dies als vorbeugende Maßnahme gegen den Endowment-Effekt (oben IV 2) – und natürlich ist auch dies eine Art Erweiterung des Framings.

Dies leitet über zu Kahnemans – wie ich es nennen will – Methodologischer Großformel.

7. Die (hier so bezeichnete) Methodologische Großformel

Der Anspruch, den die Verhaltensökonomie bzw. Kognitionspsychologie erhebt, ist im Grunde so groß wie bescheiden. Sie will den Umgang mit *Biases* dadurch verbessern, dass man fehleranfällige Situationen erkennt (wobei man sie bei anderen besser wahrnimmt als bei sich selbst) – und sodann die willentliche[134] und erhebliche Anstrengung unternimmt, System 2 einzuschalten, um die Routinen des System 1 zu korrigieren.[135] 74

Dabei sind Organisationen (z.B. Gerichte!) besonders hilfreich: „Organisationen können Fehler besser vermeiden als Individuen, weil sie naturgemäß langsamer denken und die Macht haben, geordnete Abläufe durchzusetzen."[136]

Kahneman hat dies am Ende – wiederum, ohne es groß herauszustellen – auf eine Art Methodologische Großformel gebracht (er selbst spricht von Qualitätssicherung). Ich will sie wie folgt paraphrasieren: 75

(1) Man finde das adäquate Framing für das zu lösende Problem.

(2) Man sammle die Informationen, die für die Entscheidung relevant sind.

(3) Man denke nach und prüfe …

---

132 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 362 -eine äußerst wichtige Unterscheidung!

133 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 365–367.

134 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 58. – Nebenbei: Man kann gerade der **Gerechtigkeit** – als Tugend! – nachsagen, sie bedürfe „der unaufhörlichen und gleichsam bohrenden **willentlichen Anstrengung**. Gerechtigkeit ist nicht ohne spezifischen Willen zur Gerechtigkeit, sie fordert eine spezifische Haltung" (*Alexander Hollerbach*, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 [66]; erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller [Hrsg.], Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc. 1996, 42–55; Hervorhebung J.L.).

Und wenn man dann noch bedenkt: **Recht ist das System 2 der Gerechtigkeit** – dann darf man nicht so leichtfertig damit umgehen, wie unsere Gesellschaft es derzeit tut.

135 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), z.B. S. 42, 58, 516.

136 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 517; dort auch Einiges zum folgenden § 36.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

76 Und dabei ist dann, so will ich hinzufügen, der letzte Halt die Ästhetik[137] (vgl. § 31 II):

- von der Wahrnehmung (System 1, vor allem WYSIATI)
- über das Komponieren und Durchrechnen (System 2, z.B. bewusstes Framing)
- bis zum Zusammenklang des Ganzen (System 3?).

VII. Ausklang

77 Wie sehr man dann immer noch schwanken kann, zeigen Kim und Jane.[138] Sie haben sich beide um eine Professur beworben, und es soll die Bewerberin ausgewählt werden, die die höchste wissenschaftliche Produktivität verspricht. Wir wissen über sie:

> Kim hat vor kurzem ihre Dissertation abgeschlossen. Ihre Empfehlungen sind spektakulär, sie hielt einen brillanten Vortrag und beeindruckte alle Anwesenden in ihren Vorstellungsgesprächen. Sie hat bislang allerdings nicht besonders viel publiziert.
>
> Jane hatte in den letzten drei Jahren eine Stelle als promovierte Nachwuchswissenschaftlerin inne. Sie war sehr produktiv, und sie hat exzellente Forschungsleistungen aufzuweisen, aber ihr Vortrag und ihre Vorstellungsgespräche waren nicht so bestechend wie die von Kim.

Kahneman würde für Jane stimmen, „aber ich müsste mühsam meinen intuitiven Eindruck überwinden, dass Kim vielversprechender ist".

137 Ästhetik ist sozusagen Anfang und Ende einer gelungenen Kognition; aus juristischer Sicht: *Joachim Lege*, Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens". 36 Thesen, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2015, S. 28-36.

138 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 241 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 36 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft) und Neue Juristische Methodenlehre (NJML)

Zugegeben: Dem juristischen Leser wurde im vorangegangenen § 35 einiges an Geduld abverlangt. So mag denn bei dem einen oder anderen trotz der Einschübe mit rechtlichem Inhalt (Fahrlässigkeit bei Sandsturm, Anscheinsgefahr, schlechte Gesetzgebung, Juristenausbildung) im Off die Frage schwelen: Was hat das alles mit dem Recht und mit der Juristischen Methodenlehre zu tun? Die Antwort soll lauten: 1

> Die juristische Methode ist ein Weg (griechisch *hodós*) hin zu (*metá*) rechtlicher Vernünftigkeit (mit Peirce: *reasonableness*).

Und dies zeigt sich gerade im Licht der neueren Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie).

I. Vorweg: Der confirmation bias (Bestätigungs-Verzerrung)

Natürlich liegt nun der Einwand nahe: Könnte es sein, dass diese These das Ergebnis einer verzerrten, nämlich professionell-juristisch deformierten Wahrnehmung verhaltensökonomischer Erkenntnisse[1] ist? Einer Verzerrung (oder Prädisposition), die man als *confirmation bias* bezeichnet? Dieser Bestätigungs-Bias lässt uns in der Realität – oder sagen wir: in allen uns begegnenden Sinnzusammenhängen (§ 5 Rn. 40–59) – vorrangig immer genau das „sehen", was unsere Meinungen über die Welt (oder auch verschiedene Welten) **bestätigt**. 2

> Klassisches Beispiel sind Vorurteile, die an Merkmale wie Rasse, Geschlecht, soziale Herkunft und so weiter anknüpfen.[2] Frauen können nicht einparken,[3] deshalb hat man sie schon in der Steinzeit nicht mit auf die Jagd genommen (diese anthropologische Erkenntnis scheint gerade archäologisch widerlegt zu werden[4]).

Mit diesem Vorbehalt wollen wir zunächst die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) im Licht der Verhaltensökonomie betrachten (II), dann aber auch die Verhaltensökonomie im Licht der NJML (III).

---

1 Wir haben uns insoweit konzentriert auf *Daniel Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, München 2012 (Original englisch 2011). Zu einem Konkurrenten siehe Fn. 37.

2 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 211, hält es freilich für gefährlich – und wohl auch nicht wirklich für „moralisch löblich" –, auf jede Stereotypisierung zu verzichten und/oder dies zu fordern.

3 Die Ratgeberliteratur zum Thema Mann/Frau ist reichhaltig.

4 *Randall Haas* et al., Female hunters of the early Americas, in: Science Advances 2020, abrufbar unter https://www.science.org/doi/pdf/10.1126/sciadv.abd0310; dort ist auch von einem „gender bias" in der bisherigen Archäologie die Rede (bei Fn. 20). – Das Medienecho war enorm, z.B. *Tageszeitung (taz)* vom 5.11.2020 (https://taz.de/Archaeologischer-Fund/!5726273/); *Bildzeitung (Bild)* vom 5.11.2020 : https://www.bild.de/ratgeber/2020/ratgeber/studie-in-der-steinzeit-gingen-auch-frauen-auf-die-jagd-73773850.bild.html; *Stern* vom 6.4.2022 (https://www.stern.de/digital/technik/ende-eines-patriarchalen-mythos---frauen-waren-in-der-steinzeit-jaegerinnen-9516676.html); alle Aufrufe am 03.01.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Die NJML im Licht der Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie

3 Die Verhaltensökonomie bzw. Kognitionspsychologie dürfte die Thesen der Neuen Juristischen Methodenlehre in einer Art Außensicht (§ 35 Rn. 72) durchaus bestätigen.

1. „Wertungen" als Sache von – zunächst – System 1

4 Eine Hauptthese der NJML lautet: Wir haben als Juristen keine Fähigkeit zu einer höheren „Werterkenntnis". Vielmehr müssen wir versuchen, Wertungen vernünftig aufeinander abzustimmen. Im Licht der Verhaltensökonomie stellt sich dies wie folgt dar:

Wertungen sind in der Tat emotionale Stellungnahmen zu einem Sachverhalt (mit Kahneman: zu einem Weltzustand) unter den Aspekt gut/schlecht oder auch besser/schlechter (§ 5 Rn. 37–39). Sie sind zunächst eine Sache von System 1, und deshalb werden sie zunächst auch ganz zweifelsfrei erlebt:

> „Ford? Die bauen einfach tolle Autos!" (oben § 35 Rn. 2). Oder auch: „Den A lebenslang ins Zuchthaus stecken? Er ist doch schon gestraft genug!" (zu diesem Gashahn-Fall § 3 und öfter).

5 Erst wenn Zweifel auftauchen – was man so lange wie möglich zu vermeiden sucht[5] –, kommt System 2 zum Zug: „Hmm. Aber dass der A heimtückisch gehandelt hat und deshalb lebenslang ins Zuchthaus müsste – das lässt sich auf den ersten Blick kaum leugnen. Was machen wir jetzt?"

2. Allerweltswertungen und rechtliches Expertenwissen

6 Allerdings: Man muss offenbar unterscheiden zwischen den Jedermanns- oder auch Allerweltswertungen und den geschulten Expertenwertungen der „Rechtskundigen".

> In herkömmlicher Terminologie wird das Thema unter dem Begriff „Rechtsgefühl" diskutiert[6] – mit dem „Judiz" der Juristen als durchaus fragwürdiger Kategorie (nämlich wenn damit eine höhere Werterkenntnis in Anspruch genommen wird).

7 Für die Jurisprudenz stellt sich nun stets das Problem, dass sie es, im wahrsten Sinn des Wortes, mit einem Widerspruch *zweier* System 1-Wertungen zu tun hat: A behauptet, einen bestimmten Anspruch aus dem Kaufvertrag zu haben (zum Beispiel auf Lieferung einer mangelfreien Gitarre), B widerspricht (die Gitarre wurde gekauft wie beschrieben). Beide sind völlig überzeugt, im Recht zu sein (oder auch: Recht zu „haben", das ist eine bloße *façon de parler)*. Kurz: Die Sache wird streitig.

---

5 Denn Zweifel sind anstrengend, siehe z.B. *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 105 f., 145.

6 Allzu viel gibt es dazu allerdings nicht, siehe etwa *Christoph Meier*, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl. Themenvielfalt, Ergebnistrends, neue Forschungsperspektiven, Berlin 1986; *Julia Hänni*, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung. Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung, Berlin 2011 – beides übrigens Untersuchungen aus schweizerischer, die erste noch dazu aus rechtssoziologischer Sicht. – Siehe auch *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 541–547.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nach Luhmann entsteht das Recht geradezu aus dieser zunächst kaum merklichen Unterscheidung von streitig/unstreitig.[7]

8 Ein Rechtsstreit aber ist nichts anderes als ein institutionalisierter Zweifel, und deshalb kommt nun – wenn man sich darauf einigt, die Sache friedlich zu lösen – System 2 ins Spiel. Mit Kahneman: Nur System 2 kann *Regeln* befolgen,[8] und erst recht kann – über Kahneman hinaus – nur System 2 Regeln interpretieren, ändern oder aufstellen (dazu oben §§ 15 bis § 20). Was dem System 2 offenbar schwerfällt, sind hingegen „eigene moralische Intuitionen"[9] – **und das ist auch gut so.**[10] Denn im Gegenzug kann System 2 neutral[11] und unparteiisch die System 1-Wertungen – auch: rechtlichen Wertungen – beider Seiten „berechnen".

9 Daraus folgt, wenn man sich zusätzlich darauf einigt, die Sache von einem *Dritten entscheiden* zu lassen, für diesen geradezu zwangsläufig als wichtigste Regel: *audiatur et altera pars* – man muss beide Seiten anhören (wörtlich: auch die andere Seite soll gehört werden) – und versuchen, ihre Wertungen nachzuvollziehen. Erst dann kann man nach Regeln suchen (sei es finden, sei es erfinden), um den Konflikt zu lösen.

Um die Sache doch einmal, trotz meiner Skepsis (§ 31 Rn. 14–19), ins Ethische zu wenden: Die **Rechtsethik** – also die moralische Begründung und Rechtfertigung des Rechts im Allgemeinen und im Einzelfall – „gehört [zwar] in den Kreis der zahlreichen Spezialethiken; ihr kommt aber eine besondere Funktion zu. Insofern sie das Verhältnis von Moral und Recht zu ihrem Gegenstand hat, geraten alle anderen Ethiken vor ihr Forum, sobald es um die Frage der Umsetzung moralischer Vorstellungen in rechtsverbindliche Normen geht. Demgemäß wird sie potentiell aus allen anderen Spezial-Ethiken gespeist; das Recht hat es in seiner Allbezüglichkeit virtuell mit der Sphäre des Moralischen im ganzen wie in dessen einzelnen Teilen zu tun".[12]

10 Für die Methode liegt, um wieder auf den Boden zu kommen, dann aber auf der Hand: Ein Verfahren wie die Relationstechnik (§ 22), das beide Seiten gleichberechtigt in den Rahmen der maßgeblichen Regeln stellt (*Framing*), ist geradezu ein Ausdruck (Expression![13]) oder wenn man will: eine Präsentation (Vergegenwärtigung)[14] konkreter Vernünftigkeit (*concrete reasonableness*[15]).

---

7 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 260, auch S. 139. Erstaunlicherweise findet sich dieses zentrale Theoriestück eher in der zweiten Reihe, sogar ganz buchstäblich: Im Sachverzeichnis findet sich „streitige/unstreitige" nur als Unterpunkt von „Erwartungen". – Siehe jetzt auch *Joachim Lege*, Wie entsteht Recht?, Juristische Schulung (JuS) 2025, 193–199 (196 f.).

8 Nochmals *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 51.

9 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 454.

10 Zum Wowereit-Zitat siehe oben § 3 Rn. 37.

11 Lateinisch *ne-uter* wörtlich: keiner von beiden.

12 *Alexander Hollerbach*, Rechtsethik, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Sp. 692–694 (693); Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 83–85 (84).

13 Wir haben gesehen, dass ästhetische Güte letztlich in der *Expressivität* eines Phänomens besteht (§ 31 Rn. 98 f.

14 Zur Wichtigkeit der Präsentation *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 513. – Das deutsche Wort „Gegenwart" hat, wie schon erwähnt, seine Wurzeln im Recht; es bezeichnete das wechselseitige Gegen-Einander der Parteien vor Gericht, siehe *Rolf Gröschner*, Dialogik und Jurisprudenz, Tübingen 1982, S. 52 f.

15 Begriff in Anlehnung an Charles Sanders Peirce, siehe § 31 Rn. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Logik als Brücke zwischen System 1 und System 2

11 Die NJML betont, im Gegensatz zu den meisten anderen Methodenlehren, die alles überragende – und alles durchdringende – Rolle der Logik für das Recht. Logik ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen (§ 6): Sie umfasst nicht nur die deduktive Logik (zwingende Schlussfolgerungen), sondern auch die induktive und die abduktive Logik (vermutende und kreative Schlussfolgerungen).

In der Verhaltensökonomie bzw. Kognitionspsychologie findet sich zur Rolle „der" Logik auf den ersten Blick wenig. An einigen Stellen wird die Logik geradezu der Statistik entgegengesetzt[16]. Genau besehen handelt es sich an diesen Stellen freilich um eine Entgegensetzung von *Kausalität* und Statistik – und es ist an anderer Stelle geradezu von einer „statistischen Logik"[17] die Rede.

a) System 1 als der Ort unbewussten Schlussfolgerns (jumping to conclusions)

12 Auf den zweiten Blick ist umso bemerkenswerter – wir haben es am Rande schon erwähnt –, dass Kahneman dem System 1 bescheinigt, es sei eine „Maschine für voreilige Schlussfolgerungen" (im englischen Original: *machine for jumping to conclusions*).[18] „Schlussfolgerungen" – das heißt nichts anderes als: logische Operationen.[19] Und „voreilig" oder *jumping to* heißt: mehr oder weniger unbewusst, ohne längeres Nachdenken. Man kommt schnell zu einem Ergebnis, ohne sich seiner Prämissen und/oder Schlussformen (Syllogismen) bewusst zu sein oder sie gar zu hinterfragen.

b) System 2 als Ort des syllogistischen Durchrechnens

13 Dies geschieht erst mit Hilfe von System 2, und eben dies verträgt sich ganz wunderbar mit dem Konzept einer *working logic*, wie sie in diesem Buch für die NJML entwickelt wurde (§§ 4 bis 7): Wir haben dargelegt, dass „Wertungen", logisch betrachtet, nichts anderes sind als die ersten, noch ganz „irrationalen" Prädikate in Aussagen. Diese Aussagen werden sodann in Syllogismen „rational verrechnet", d.h. auf ihre Folgerichtigkeit überprüft. Genauer: Sie *können* dort überprüft werden, wenn man sich die Mühe macht, genau hinzuschauen – oder mit Kahneman: die Mühe, das System 2 dazuzuschalten.

c) Abduktionen als Brücke zwischen System 1 und System 2

14 *Ob* man das System 2 dazuschaltet, hängt nun offenbar davon ab, wie sehr man durch eine neue Erfahrung überrascht wird (und dies hängt wieder davon ab, wie faul das individuelle System 2 ist[20]). Insoweit haben wir in § 6 Rn. 21–22 ganz allgemein gezeigt (und auf das Recht bezogen in § 25 Rn. 14–17, § 19 Rn. 38): Die Überraschung kann sich ereignen in einem neuen *Fall*, einer neuen *Regel* oder einem neuen *Resultat* –

16 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 188 f.: Logiker und Statistiker hätten konkurrierende Definitionen von Wahrscheinlichkeit entwickelt.

17 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 190, 193.

18 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 105–116.

19 Logik ist, wie gezeigt, die Lehre von der Folgerichtigkeit u.a. des Denkens (§ 4).

20 Und wohl auch: wie verbohrt das individuelle System 1.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und sie setzt dann ganz unwillkürlich (!) die Suche nach entsprechenden Abduktionen (kreativen Konklusionen) in Gang. Auf diese Weise sind Abduktionen geradezu die Brücke zwischen System 1 und System 2.

Und ich bin nach wie vor versucht, sie einem System 3 zuzuordnen – einer Art „Maschine für kreative Schlussfolgerungen" (*machine for inventing conclusions*).

Wie auch immer, es dürfte sich gezeigt haben: Die Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie Kahnemanscher Prägung ist mit der Konzeption einer *working logic*, wie sie der NJML zu Grunde liegt, nicht nur kompatibel. Sie unterstützt sie geradezu „von außen". 15

4. Rechtliche Vernünftigkeitsstrategien

Mehr noch gilt dies, wie mir scheint, für weitere Werkzeuge aus dem Arsenal[21] der Juristischen Methode. Sie repräsentieren im Licht der Verhaltensökonomie geradezu Vernünftigkeitsstrategien.[22] 16

a) Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) als „gutes Framing"

Das buchstäblich zentrale[23] Framing der Juristischen Methode ist der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS, § 8). Auf ihn hin kon-zentr-iert sich alle rechtliche und juristische Begründungsarbeit. Es spricht nun sehr viel dafür, dass es sich beim VJS um ein „gutes Framing" handelt, um ein Framing also, das der rechtlichen Entscheidungssituation angemessen ist (adäquat) und dadurch rechtliche Vernünftigkeit (*reasonableness*) befördert. Im Einzelnen: 17

Erstens sorgt die *Regel* (der „Obersatz") dafür, dass man nicht nur den Einzelfall betrachtet, sondern ihn in eine Reihe mit weiteren Fällen stellt[24] – seien es bereits entschiedene oder auch künftig denkbare. Schon diese Erweiterung des Framings schafft Abstand vor zu viel oder zu wenig System 1-Euphorie.[25]

Zweitens erfordert die Aufbereitung des *Falls* (im „Untersatz"), wenn es sich um mehr als eine Routinesache handelt, einen intensiven und bewussten System 2-Abgleich von rechtlichem Sprachgebrauch und fallrelevantem „Weltwissen"[26]. Auf dieser Stufe können alle denkbaren Sinnzusammenhänge dieser Welt (zum Begriff § 5

21 Das militärische Bild von Methodenlehre als einem „Arsenal" passt recht gut auf die „Juristische Methodenehre" von *Thomas M. J. Möllers* (5. Aufl., München 2023): Sie wirbt damit, dem Juristen einen Vorrat von „weit mehr als 150 Argumentationsfiguren" zu liefern (S. VII; in der 4. Aufl. waren es noch 100).

22 So auch etwa (und trotz allem) *Jörg Risse*, Der Homo iuridicus – ein gefährliches Trugbild, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2018, 2848 (2852), mit Blick auf Relationstechnik und Subsumtion.

23 Das Wort Zentrum kommt übrigens über das Lateinische aus dem Griechischen: *kéntron* ist der Stachel – nämlich der Stachel eines Zirkels, und dort, wo dieser Stachel sticht, ist der Mittelpunkt des Kreises.

24 Wenn man so will: *you are not alone*.

25 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 446: „Wenn man Fälle isoliert betrachtet, lässt man sich vermutlich von einer emotionalen Reaktion von System 1 leiten."

26 Im Anschluss an die schöne Formulierung von *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rn. 40–59) „vor das Forum des Rechts“[27] geraten – bis hin zu denen, die das Recht selbst als rechtlich irrelevant qualifiziert.[28]

Einzelheiten zu Subsumtion und Interpretation: § 9 Rn. 26–28, § 10 Rn. 32; zum Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen § 24.

Nebenbei: Im Wort „adäquat“ steckt geradezu das Einander-an-gleichen (lateinisch *ad* = zu, an, bei; *aequus* = gleich).

Drittens ist das *Resultat* (die Rechtsfolge) kein unverrückbares Dogma, sondern ein Prüfstein für die Angemessenheit der Regel und der Fallkonstruktion – mit anderen Worten: des Framings. Ob dabei ein eventuelles Störgefühl nun von System 1 ausgeht oder von einem noch zu erforschendem „System 3“ – einem, wenn man so will, „Sinn für Angemessenheit“[29] –, soll an dieser Stelle offenbleiben.

18 Viertens schließlich erzählt die logische Gesamtkonstruktion eine spezielle Art von „Geschichte“ – eine *story*, deren Ablauf irgendwie „von innen her geregelt“ ist,[30] so dass ihr Ergebnis zwingend erscheint. Eine solche **Geschichte** lässt beide Systeme zur Ruhe kommen: das faule System 2 nach der Anstrengung, die es hinter sich hat, und das System 1, weil es sich zwar gern aufregt, noch mehr aber gute Geschichten liebt.[31]

b) Dogmatik als weitere Erweiterung des Framings (Horizonts)

19 Eine weitere Erweiterung des Framings ist das, was in der deutschen Jurisprudenz „Dogmatik“ genannt wird und im angelsächsischen Raum *reasoning from case to case*: das systematische Aufeinanderabstimmen vieler Fälle und Regeln unter dem Gesichtspunkt ihrer rechtlichen Richtigkeit. Diese Dogmatik ist eine Sache von System 2, und sie beginnt schon mit dem zweiten Fall.[32] Ihr Hauptfeld sind freilich Systematisierungen größeren Umfangs (§§ 18 und 19), gelegentlich hat sie es sogar mit gänzlich inkompatiblen Framings (Paradigmen, § 20) zu tun.

Dogmatik in diesem Sinn ist also gerade nicht „stur dogmatisch“, sondern stellt immer wieder die Frage nach den „richtigen“ oder zumindest besseren Framings.

20 Dass Dogmatik hyperkomplex werden kann, also unangemessen komplex, haben wir erwähnt (§ 15a Rn. 61–64, 74); ebenso die Gefahr, durch schlechte Gesetzgebung (§ 28 Rn. 14–16) oder schlechtes Fallrecht (§ 15a Rn. 44–46) den Gegenstandbereich des Rechts (= die Gesamtheit der Rechtsregeln) so unregelmäßig zu gestalten, dass

27 Siehe das *Hollerbach*-Zitat Rn. 9 bei Fn. 12.

28 Wunderbare These: *Ino Augsberg/SteffenAugsberg/Ludger Heidbrink*, Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche [!] Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, Weilerswist 2020.

29 So der Titel einer Arbeit von *Klaus Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt a.M. 1988. Sie steht in der Tradition der Frankfurter Schule, und Günther hat offenbar *Jürgen Habermas* bei dessen Hauptwerk zur Rechtsphilosophie (Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M. 1992) mit „juristischem Sachverstand“ versorgt (so Habermas im Vorwort).

30 *Paul Feyerabend*, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984, S. 62 f.

31 Weniger pointiert als hier: *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 114 f.

32 *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2008, S. 207–232 (224): „In Wahrheit beginnt Dogmatik mit dem zweiten Fall, dem Vergleichsfall. Wenn man eine Sitzblockade bestraft hat, muss man auch eine Lkw-Blockade bestrafen.“

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seriöse Voraussagen[33] für künftige Fälle nicht mehr möglich sind. Dass dann auch das Vertrauen in Juristen abnimmt, ja realistischerweise abnehmen muss, liegt aus Sicht der Kognitionswissenschaft auf der Hand (§ 35 Rn. 68–70).

c) Relationstechnik und Schemata

Wie am Rande schon bemerkt, ist auch die Relationstechnik (§ 22) ein Verfahren, das der Vernünftigkeit dient: Es lässt beide Seiten eines Rechtsstreits rechtlich zu Wort kommen. Und was die „Schemata" angeht, die bei einer Falllösung abgearbeitet werden (§ 23) so gleicht ihre Vernünftigkeit offenbar den Checklisten, wie wir sie am Beispiel von Virginia Apgar kennengelernt haben (APGAR-Score, § 35 Rn. 64). Allerdings darf man sie nicht unkritisch anwenden. 21

d) Das letzte Wort des Angeklagten und Regeln zum Abstimmungsverhalten in Gremien

Was das Zu-Wort-Kommen angeht, sollte nicht unterschätzt werden: Die vernünftige Wahrnehmung eines Falls gerade in Strafsachen setzt nach unserem Rechtsverständnis voraus, dass der Angeklagte nicht lediglich das Objekt des Verfahrens ist, sondern selbst ein Beteiligter. Äußerlich sorgt dafür insbesondere das Framing, ihm das letzte Wort zu gewähren (§ 258 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO – Strafprozessordnung). 22

Eine besonders schöne Vernünftigkeitsstrategie enthalten schließlich die Regeln des Gerichtsverfassungsgesetzes über das Abstimmungsverhalten in gerichtlichen Spruchkörpern. Sie lauten:

> **§ 197 GVG** Die Richter stimmen nach dem Dienstalter, bei gleichem Dienstalter nach dem Lebensalter, ehrenamtliche Richter und Schöffen nach dem Lebensalter; der jüngere stimmt vor dem älteren. Die Schöffen stimmen vor den Richtern. Wenn ein Berichterstatter ernannt ist, so stimmt er zuerst. Zuletzt stimmt der Vorsitzende.

Der Sinn liegt auf der Hand: Die Rangniedrigeren sollen nicht durch die Ranghöheren beeinflusst werden. Wohl aber soll derjenige, der die höchste Expertise hat (also der „Berichterstatter"[34]), den ersten Aufschlag machen (nachdem er zuvor Rede und Antwort gestanden hat). 23

5. Konditionalprogramme statt Statistik und Prognose

Ein letzter Vernünftigkeitsfaktor des Rechts (und seiner Methode) besteht schließlich in dem, was geradezu sein „Wesen" ausmacht: Rechtssätze sind als Konditionalprogramme formuliert: „wenn – dann" bzw. „Tatbestand – Rechtsfolge" (§ 14 Rn. 2). Angesichts der Schwäche der Menschen, gute statistische Voraussagen zu treffen, zum Beispiel über die Zahlungsfähigkeit von Geschäftspartnern oder gar Fremden, ist es viel besser zu wissen, nach welchen Regeln man spielt. 24

---

33 Ich erinnere an *Oliver Wendell Holmes, jr.,* The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991–1009 (994): „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."

34 Er hat die Akte bearbeitet und ein Gutachten (!) mit einem Entscheidungsvorschlag vorgelegt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wie schwierig es für Gerichte ist, im Rahmen von Konditionalprogrammen Prognosen „anzuwenden" – in diesem Fall wirtschaftliche Prognosen –, zeigen die Regelungen im Baugesetzbuch, die eine übermäßige Ausbreitung des großflächigen Einzelhandels zu bekämpfen versuchen.[35]

Ein Beispiel für schwierige Prognosen in einem Planfeststellungsbeschluss: Bei der Erweiterung des Airbus-Geländes in Hamburg wurde nicht nur Europas größtes Süßwasserwatt (Mühlenberger Loch) zu großen Teile zerstört. Es wurde auch die Start- und Landebahn verlängert, um die Frachtversion des Großflugzeugs A380 dort ausliefern zu können. Das Flugzeug wurde mangels Nachfrage nie gebaut.[36]

III. Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie im Licht der NJML

25 Interdisziplinarität ist keine Einbahnstraße. Daher ist es – leider – nicht so, dass man aus anderen Disziplinen, hier aus der Verhaltensökonomie und der Kognitionspsychologie, Erkenntnisse ganz einfach übernehmen könnte. Dies liegt schon daran, dass auch in anderen Disziplinen manches streitig ist – Kahneman berichtet etwa von seinen Differenzen mit Gerd Gigerenzer (geb. 1947) im Hinblick auf die Bewertung von Heuristiken und Biases[37] oder von einer „gegnerischen Kooperation" mit Gary Klein (geb. 1944).[38] Vor allem aber liegen die Erkenntnisinteressen verschiedener Disziplinen mehr oder weniger weit auseinander. So bezeichnet etwa Kahneman seine und Tverskys *Prospect Theory* als „rein deskriptiv"[39], während die Jurisprudenz und ihre Methodenlehren gewiss etwas Normatives sind.

26 Schaut man genauer hin, ist freilich auch die Verhaltensökonomie nichts rein Deskriptives – andernfalls könnte sie schwerlich „gute Frames" von schlechteren unterscheiden,[40] und sie könnte auch kaum von vernünftigen (*reasonable*) und weniger vernünftigen Entscheidungen sprechen. Was ist aber dann der Grund (*reason*) für eine solche Bewertung?

---

35 Eingehend dazu *Jonas Kühne*, Bauplanungsrechtliche Einzelhandelssteuerung im Lichte der Rechtsphilosophie Friedrich August von Hayeks, Berlin 2017: Die Regeln des BauGB sind ein untaugliches Mittel, weil sie sich zwischen den Steuerungsmechanismen „Staat" und „Markt" nicht entscheiden wollen – und Mischformen „nicht wirklich" funktionieren. Insbesondere verschwinden dann hoheitliche Fehlinvestitionen „im Nebel des Marktes" – ein Vorteil für die politischen und wirtschaftlichen Akteure, ein Nachteil für die Allgemeinheit.

36 Wie hochkomplex derartige Verwaltungsentscheidungen – und ihre gerichtliche Überprüfung – sind, zeigt *Ulrike Verch*, Die Airbus-Werkserweiterung im Widerstreit der Interessen. Rechtsfragen der Planung von Großprojekten am Beispiel des Luftfahrtindustriestandorts Hamburg-Finkenwerder, Tübingen 2025.

37 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 21 mit Endnote 3 (S. 571). – Auch von Gigerenzer gibt es eine Reihe von „populärwissenschaftlichen" Publikationen, also solche, die sich an ein allgemeines Publikum wenden, z.B. *Gerd Gigerenzer*, Das Einmaleins der Skepsis. Über den richtigen Umgang mit Zahlen und Risiken, Berlin 2002; *Gerd Gigerenzer*, Bauchentscheidungen. Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 15. Aufl., München 2008; *Gerd Gigerenzer*, Risiko. Wie man die richtigen Entscheidungen trifft, München 2013. – **Eigentlicher Klassiker**: *Gerd Gigerenzer/Peter Todd and the ABC Research Group*, Simple Heuristics That Make Us Smart, Oxford 1999.

38 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 289–293.

39 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 333 f.

40 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 456–461.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus Sicht der NJML wird man sagen können: Der letzte „Grund, auf dem man sich bewegt“[41], vielleicht auch: der „Schlussstein[42], der System 1 und System 2 zusammenhält, ist eine Ästhetik, deren letzter Halt die Gelungenheit einer Problemlösung ist, d.h. ihre Angemessenheit nach angemessenen Kriterien.

IV. Zum Abschluss: Im Maschinenraum der Gesellschaft

Es mag sein, dass der Verfasser dieser Zeilen, als Jurist, in einer „Expertenillusion“ befangen ist. Vielleicht leidet er sogar ein wenig an den Fehlentwicklungen, die das Recht und die Rechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten genommen haben. Deshalb will ich der soeben erfolgten Apologie des Rechts einen Wermutstropfen hinzugeben: 27

Das Recht ist etwas Vernünftiges – aber nur, wenn es „gut gemacht“ ist.

Und das ist eine Sache der Methode.

* * *

Im Übrigen möge man stets bedenken (dies sage ich denn doch mit einem gewissen Expertenstolz): Wenn wir über das Recht sprechen, dann reden wir über den „Maschinenraum der Gesellschaft, wo das Graubrot gebacken wird“[43]. Wir reden über die vielen kleinen Schritte, über die viele harte Arbeit, die man dort mit möglichst immer gleicher Sorgfalt leistet. Wer diese Arbeit verachtet und stattdessen ein „ganz anderes Recht“ auf dem Schirm hat – wie einige Vertreter der Fachphilosophie, genauer: der Kritischen Theorie Frankfurter Schule in ihrer verkrusteten dritten und vierten Generation (Menke, Loick) –, der weiß ganz einfach nicht, wieviel Mühe das Kleinvieh der Gerechtigkeit macht. 28

41 Anspielung auf *Alexander Hollerbach*, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“ in der Festschrift für Carl Schmitt, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 85 (1960), 241–270 (265 Fn. 126); wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 107–133 (128).

42 Anspielung auf *Immanuel Kant*, Kritik der praktischen Vernunft (1788), Vorrede, S. 4 (Hervorhebung dort), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974 : „Der Begriff der Freiheit, so fern dessen Realität durch ein apodiktisches Gesetz der praktischen Vernunft bewiesen ist, macht nun den *Schlußstein* von dem ganzen Gebäude eines Systems der reinen, selbst der spekulativen, Vernunft aus (…).“

43 Eine Formulierung des Greifswalder Oberbürgermeisters Stefan Fassbinder bei der Gedenkfeier für die Opfer des Nationalsozialismus am 27. Januar 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fünfter Teil: Ausblicke

Man wirft der deutschen Juristenausbildung und den deutschen Juristischen Methodenlehren üblicherweise vor, dass sie sich zu sehr an der Arbeitsweise „des Richters" orientierten: „Hier hast du einen Fall, bitte lös ihn anhand des Gesetzes (in dem das Recht drinsteht)." Richtig an dieser Kritik ist: In der Tat steht das Recht nicht isoliert „im Gesetz" und muss dort per Offenbarung erst erkannt und dann angewendet werden.[1] Das Recht „ist" vielmehr immer schon ein **Zusammenspiel** von autoritativen Texten, die (Rechts-) **Regeln** formulieren,[2] mit **Fällen**, die dazu mehr oder weniger passen, und **Ergebnissen**, die zu Fall *und* Regel passen. Und wenn die Regel nicht passt, wird sie auch einmal passend gemacht. Wir haben dies im Dritten und Vierten Teil ausführlich entfaltet. 1

Man sollte sich daher auch von der dummen Metapher Rechts„anwendung" endlich verabschieden.

Falsch an der Kritik ist allerdings: Das was Richter tun, wenn sie Regel, Fall und Ergebnis aufeinander abstimmen, ist nichts anderes als das, was auch andere Juristen in anderen Situationen und Rollen tun. In den Worten von Felix Somló (1873–1920): 2

> „Wir haben bereits hervorgehoben, daß die Stellung des Richters zum Gesetze nur ein Sonderfall der Stellung des Normadressaten zum Recht ist."[3]

In diesem Sinn wollen wir nun im abschließenden Fünften Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) vier „Ausblicke" wagen, die ganz explizit **nicht-richterliche juristische Perspektiven** auf das Recht einnehmen. Beginnen wollen wir mit der wohl anspruchsvollsten juristischen Tätigkeit, nämlich der Rechtsberatung in der „Peripherie" des Rechts (die Gerichte sind sein Zentrum[4]) – sei es als Rechtsanwalt, als Jurist in einem Unternehmen oder Verband, sei es als Verwaltungsjurist (§§ 37–37c). Anschließend geht es um die Mitwirkung von Juristen bei der Gesetzgebung (§ 38), insbesondere in der Ministerialbürokratie. Noch einen Schritt abstrakter wird es in § 39: Vorgestellt werden dort einige akademisch-juristische „Außenbetrachtungen"[5] des Rechts und seiner Methode – ich werde dies „Meta-Diskurse" nennen (Vorgeschmack: Was ist eigentlich Positivismus? und Dogmatik?). Zum Abschluss will ich mich dann nicht vor der Frage drücken, ob das, was die NJML zur juristischen Methode lehrt – ob diese ihre Doktrin dazu beitragen kann, das Recht als etwas Vernünftiges zu begreifen (§ 40). 3

Das kann ich natürlich nur hoffen.

---

1 Falsch daher, dass *Hans Albert*, Traktat über rationale Praxis, Tübingen 1978, S. 66 f., der Jurisprudenz ein „Offenbarungsmodell der Erkenntnis" unterstellt.

2 … also in diesem Sinn „Gesetze" sind.

3 *Felix Somló*, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917, § 122 (S. 427).

4 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 320–325 (321). Begründet wird dies mit dem Entscheidungszwang, dem nur die Gerichte unterliegen, nicht aber Vertragsgestaltung und Gesetzgebung.

5 Natürlich sind es „Außenbetrachtungen von innen", also aus der Sicht von Juristen. „Außenbetrachtungen von außen", also aus der Sicht etwa von Politologen oder Fachphilosophen, wären ein eigenes Buch wert.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 37 Rechtsberatung

1 In vielerlei Hinsicht ist Rechtsberatung, und hier zuvörderst die anwaltliche Rechtsberatung, die anspruchsvollste juristische Tätigkeit. Sie fragt nicht nur, wie die Arbeit des Richters, danach, was „rechtlich richtig" ist (§ 30) – mit dem schönen Gefühl, dabei das letzte Wort zu haben (sieht man einmal vom Instanzenzug ab). Sie fragt auch nicht nur, so die Arbeit an der Gesetzgebung, ob eine gefundene Regel die betroffenen wirtschaftlichen und politischen Interessen einigermaßen sinnvoll aufeinander abstimmt – wieder mit dem schönen Gefühl des letzten Wortes (sieht man einmal vom Bundesverfassungsgericht ab).

Demgegenüber muss die Rechtsberatung, sei es als Anwalt, sei es als Verbands-, Unternehmens- oder Verwaltungsjurist, gelegentlich mit einer großen kognitiven Unsicherheit leben: „Vor Gericht und auf hoher See sind wir allein in Gottes Hand".[1] Anders gewendet: Wer einen Rechtsunterworfenen rechtlich berät, muss oft prognostizieren, wie *andere* Instanzen – nicht also er selbst – den Fall beurteilen und letztlich entscheiden werden. Es ist klar, dass dies nie mit Sicherheit, sondern nur mit einer mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit möglich ist.

Daher muss man der vielzitierten Formel von Oliver Wendell Holmes, jr. – „*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*"[2] – wohl einen guten Schuss guter Ironie (§ 30 Rn. 16–18) zubilligen: Wie kann man an ein Recht gebunden sein (*rule of law*!), das man erraten muss?

2 Hinzu kommen wirtschaftliche Risiken. Zum einen hat der Mandant (des Anwalts) oder der Arbeitgeber (des Unternehmens-, Verbands- oder Verwaltungsjuristen) nur begrenzte Ressourcen für die Rechtsberatung und ggf. Rechtsverfolgung zur Verfügung. Was man ihm also anbietet und vorschlägt, muss am Ende einen Ertrag bringen, der den Aufwand übersteigt. Zum anderen gilt das Gleiche für den Rechtsberater selbst, und hier vor allem für Anwälte: Sie müssen von der Rechtsberatung leben, können daher oft nicht jeder Rechtsfrage bis ins letzte auf den Grund gehen und nicht jeden Vertrag bis ins letzte Detail durchdenken. Insofern sind Nutzen/Kosten-Überlegungen legitim (auch Richter müssen überlegen, wie viel Zeit sie einem Fall widmen können, um die gewünschten Erledigungszahlen zu erreichen). Jedenfalls muss aber das, was der Anwalt dem Mandanten rät, vertretbar sein (§ 33 II).

Dass dies keine theoretische Frage ist, liegt auf der Hand: Bei fehlerhafter Rechtsberatung haftet der Anwalt auf Schadensersatz, hiergegen muss er sich versichern.[3] Höchst problematisch ist allerdings, dass nach herrschender Rechtsprechung die Rechtsanwälte auch für Fehler des Gerichts haften sollen (s.o. § 14 Rn. 67).

3 Man sieht: Das, was die rechtsberatenden Berufe „auf dem Schirm" haben müssen, *bevor* sie rechtlich handeln, ist erheblich mehr als das, was Richter beachten müssen. Wir haben dies bei der „Aufbereitung des Falls" schon angedeutet (§ 24b), müssen es hier also nicht wiederholen. Wohl aber wollen wir uns zwei Bereiche genauer anschauen,

1 Sprichwort, offenbar schon im Lateinischen.

2 *Oliver Wendell Holmes, jr.,* The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991–1009 (994).

3 § 51 BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung –.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die für die Rechtsberatung typisch sind: zum einen die sogenannte Kautelarjurisprudenz, das ist vor allem Vertragsgestaltung; zum anderen die forensische[4] Tätigkeit, man kann sie wohl am treffendsten als „Litigation" bezeichnen – abgeleitet nicht nur aus dem Englischen (wo es ein fester Begriff ist), sondern aus dem Lateinischen: Im römischen Recht war die *litis contestatio* der Akt, mit dem ein Streit zu einem Rechtsstreit wurde, also vor ein Gericht getragen wurde (wir sagen heute: durch den er „rechtshängig" wurde).[5]

Im Überblick kann man die Gesamtheit der rechtsberatenden Tätigkeiten – also nicht nur der Anwälte, sondern auch der Unternehmens-, Verbands- oder Verwaltungsjuristen – wie folgt beschreiben: (I) Forensische Tätigkeit, (II) Verhandlungen, (III) Kautelarjurisprudenz, (IV) gutachterliche Tätigkeit, (V) allgemeine strategische Beratung.[6]

§ 37a Kautelarjurisprudenz, insbesondere Vertragsgestaltung

Das Wort Kautelarjurisprudenz ist abgeleitet vom lateinischen Wort *cavere*, das bedeutet: „sich hüten, sich in Acht nehmen, Vorsorge treffen, Vorsicht walten lassen" (ein bekanntes Mosaik aus Pompeji zeigt einen Hund und die Aufschrift *cave canem* – Vorsicht Hund!). 1

Foto: Wikimedia Commons

4 Von lateinisch *forum* = das Gericht (aber auch der Markt und der Ort öffentlicher Diskussion, man denke an das Forum Romanum).

5 Standardwerk: *Steffen Schlinker*, Litis contestatio. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2008. Die *litis contestatio* geriet in Deutschland zur Bedeutungslosigkeit, nachdem Bernhard Windscheid (1817–1992) die römische *actio* neu interpretiert hatte: als (materiellrechtlichen) Anspruch (S. 547 f.).

6 *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 25–42 (27). Auch Hingst nimmt Bezug auf Oliver Wendell Holmes und kommt am Ende zu dem Fazit (Hervorhebung im Original): „Ein Rechtsanwalt ist ein *Vorhersagekünstler* (…)".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Demgemäß sind Kautelen (Betonung auf der zweiten Silbe, langes „e") Regelungen, die etwas absichern sollen oder sich etwas vorbehalten: Ich zahle unter dem Vorbehalt, dass die Ware meines Erachtens Mängel hat und ich mein Geld zurückfordern werde – aber ich will zunächst eine Mahnung des Verkäufers vermeiden.

2 Kautelarjurisprudenz schließlich ist, wörtlich genommen („sich hüten"), die Gesamtheit aller juristischen Tätigkeiten, die darauf abzielen, mögliche Fehlentwicklungen und Konflikte vorherzusehen, zu vermeiden und, falls sie doch eintreten, nach einer zuvor getroffenen Regelung zu lösen. Dies deckt sich nicht vollständig mit dem Begriff Vertragsgestaltung: Verträge enthalten nicht nur Regelungen über mögliche Konflikte, sondern auch die sogenannten *Essentialia negotii*, d.h. die Angabe, „wer was von wem woraus"[1] verlangen darf (Beispiel: A gewährt B ein Darlehen von 2000 Euro: B kann das Geld verlangen, A die Rückzahlung). Und vermutete Konflikte oder Fehlentwicklungen können auch anders als durch Vertrag bekämpft werden, etwa durch die bekannte einseitige Willenserklärung namens Testament (Beispiel: A setzt B zum Vorerben von C und D ein, damit B sein Erbe nicht verprasst und für die Nacherben, also C und D, etwas übrig bleibt[2]). Für unsere Zwecke mag als gemeinsamer Nenner genügen:

3 Kautelarjurisprudenz ist alles, was auf eine rechtliche Regelung ohne Inanspruchnahme von Gerichten zielt – sei es mit Hilfe von Verträgen oder in anderer Weise. Am besten nennt man es wohl: **vorsorgende Rechtspflege**.[3]

Wir haben bereits betont, dass auch in diesem Kontext *autoritative Rechtstexte* entstehen (§ 14 Rn. 22), an die die Beteiligten rechtlich gebunden sind. Anders gewendet: Auch hier sprudeln die sogenannten „Rechtsquellen" (wirklich keine gute Metapher), nicht etwa erst dort, wo es (staatliche) Gesetze gibt.

I. Zum Stand der Lehre

1. Kein methodologisches „Allgemeingut"

4 Man kann ohne Übertreibung sagen: Eine auch nur einigermaßen einheitliche Methodenlehre für die Kautelarjurisprudenz und die Vertragsgestaltung gibt es nicht. Es gibt keinen „Kanon" wie bei der Auslegung von Gesetzen (§ 15d), es gibt auch keine mehr oder weniger konsentierten Argumentationsschritte wie Justizsyllogismus und Subsumtion (§ 3 Rn. 5–10, §§ 8 und 9). In einem Wort: Es fehlt an einem methodologischen Allgemeingut.

Klassiker ist immer noch **Eckard Rehbinder** (geb. 1936) mit dem Pionierwerk „Vertragsgestaltung" (1982, 2. Aufl. 1993)[4] – erstaunlicherweise erschienen in der Reihe „Juristische Lernbücher"[5]. Rehbinder beginnt mit einem umfassenden Über-

1 Dazu sogleich Rn. 17.
2 Zu Vor- und Nacherbschaft siehe §§ 2100–2146 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch.
3 So denn auch § 1 BNotO - Bundesnotarordnung.
4 Erscheinungsort: Frankfurt a.M.
5 Also gerade nicht „Lehrbücher" – obwohl es wahrlich, mehr als manch anderes Lehrbuch, eine eigene, innovative „Lehre" (Doktrin) entwickelt. Der Auftritt als „Lernbuch" war daher wohl ein bewusstes und leicht provokantes Understatement, vergleichbar mit Klaus Adomeits (1935–2019) „Rechtstheorie

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

blick über die „Probleme der Vertragsgestaltung", eingeschlossen das Verhältnis des Vertragsjuristen zum Auftraggeber und die Vertragsverhandlungen. Zur Methode heißt es dann knapp, dass es „keine allgemeingültigen Regeln" gibt – bevor dann doch ein grober Dreischritt folgt.[6] Mehr als die Hälfte des Buches machen sodann die Musterlösungen von 6 Fällen und weitere 15 Fälle einer Aufgabensammlung aus.

Einen durchaus ambitionierten Versuch hat sodann Anfang der 1990er Gerrit **Langenfeld** unternommen: Sein Lehrbuch zur Vertragsgestaltung begann mit einem 1. Teil, in dem Langenfeld unter Bezug auf die damalige Methodendiskussionen (Topik, Rhetorik, Lehre vom Typus, sogar Legitimation durch Verfahren[7]) die „Methode der Kautelarjurisprudenz" vorstellte, bevor im 2. Teil die „kautelarjuristischen Vertragstypen" vorgestellt wurden.[8] Jedoch wurde dieser 1. Teil schon in der zweiten Auflage (vielleicht auf Wunsch des Verlags?) stark gekürzt[9] und lief dadurch bequemer auf ein „typologisches Denken" hinaus (zur Kritik daran § 15c Rn. 31–33), das als Grundlage einer „Vertragsgestaltung nach Fallgruppen und Vertragstypen" diente.[10]

Auch die heutigen Anleitungen verfahren im Hinblick auf Methode jedenfalls nicht einheitlich. Das Lehrbuch von Christoph **Moes** (geb. 1973) erschienen in der Schriftenreihe der Ausbildungszeitschrift „Juristische Schulung",[11] ist in seiner methodischen Grundlegung (1. Teil) ebenfalls recht ambitioniert, indem es Verträge – unter Rückgriff auf ökonomische Lehren – als Transaktionen begreift (wir kommen darauf zurück) und sodann wie in einem Allgemeinen Teil (§ 11 Rn. 40–41) Folgendes „vor die Klammer zieht": Vertragsfreiheit und Vertragstypen, Vertragsfreiheit und zwingendes Recht, Techniken der Vertragsgestaltung. Danach konzentriert sich das Werk sehr stark auf die Anbahnung und Gestaltung von Austauschverträgen (124 von verbleibenden 200 Seiten), also auf das, was für Studenten besonders examensrelevant ist (und deshalb auch ein bisschen langweilig). 5

Demgegenüber ist das Lehrbuch von Sudabeh **Kamanabrou** (geb. 1970) und Anne Christin **Wietfeld** (geb. 1982) „breiter aufgestellt".[12] Nach einer kurzen Einführung (mit „Denkschritte"-Liste) und einem zweiten Kapitel über Vertragsverhandlungen (dazu gleich mehr) geht es in den folgenden Kapiteln einigermaßen gleichberechtigt zur Sache zu den Themen: „Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen", „Erwerb beweglicher Sachen", „Sicherung von Forderungen", „Erwerb unbeweglicher Sachen", „Vertragsgestaltung bei Schenkungen", „Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht", „Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht". Alle Kapitel schließen mit einem ausformulierten Ver-

für Studenten" (1979). – Eckard Rehbinder ist nicht zu verwechseln mit dem Arbeitsrechtler und Rechtssoziologen Manfred Rehbinder (geb. 1935).

6 *Eckard Rehbinder*, Vertragsgestaltung, Frankfurt a.M. 1982, S. 67, 71 f.; in der 2. Aufl. S. 107 ff.

7 Damals ein vieldiskutiertes Buch: *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969.

8 *Gerrit Langenfeld*, Vertragsgestaltung. Methode – Verfahren – Vertragstypen, München 1991; der 1. Teil umfasste 90 von 230 Seiten.

9 Genau besehen ist er sogar ganz weggefallen, noch genauer: Es gibt gar keine Aufteilung in zwei Teile mehr, so dass der „1. Teil" nur noch aus Versehen in der Gliederung stehen geblieben ist.

10 *Gerrit Langenfeld*, Vertragsgestaltung. Methode – Verfahren – Vertragstypen, 2. Aufl., München 1997 (43 von 194 Seiten); 3. Aufl. 2004 (22 von 141 Seiten); bei *Gerrit Langenfeld*, Einführung in die Vertragsgestaltung, München 2001, findet sich nur noch ein kurzer Bericht (Rn. 18–19).

11 *Christoph Moes*, Vertragsgestaltung, München 2020.

12 *Sudabeh Kamanabrou/Anne Christin Wietfeld*, Vertragsgestaltung. Ein Studienbuch, 6. Aufl., München 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tragsentwurf (bzw. mit ausformulieren Klauselvorschlägen bei den AGB – Allgemeinen Geschäftsbedingungen).

6 Explizit didaktisch versteht sich das Lehrbuch von Carsten **Kunke**l.[13] Es beansprucht zudem, eine allgemeine Methode der Vertragsgestaltung vorzulegen, hat sich damit aber nicht durchgesetzt. Das Lehrbuch von Lutz **Aderhold**, Raphael **Koch** und Karlheinz **Lenkaitis** untergliedert sich in einen Teil 1 (Methodik und Struktur der Vertragsgestaltung) und einen Teil 2 (Einführung in die Praxis der Vertragsgestaltung), enthält dort aber auch „Allgemeines", etwa eine „Checkliste: Arbeitsschritte der Vertragsgestaltung".[14]

Der Vollständigkeit halber: In den gängigen Juristischen Methodenlehren kommt die Kautelarjurisprudenz bzw. Vertragsgestaltung gar nicht[15] oder nur am Rande[16] vor. Besonders bemerkenswert: In dem schmalen und durchaus genialen Lehrbuch von Joachim **Vogel** (1963–2013) hat am Ende neben der Gesetzgebung („Rechtsetzung") auch die Kautelarjurisprudenz („Rechtliche Gestaltung") noch einen Platz gefunden, zudem mit einem schönen Fall als Beispiel: Ehegattentestament mit Pflichtteils-Strafklausel.[17]

2. Rückblick: Die Antike Gerichtsrhetorik

7 Wie auch immer: Eine allgemein akzeptierte „Methodenlehre der Kautelarjurisprudenz", gar einen „Savigny der Vertragsgestaltung" (vgl. § 15d) gibt es nicht.

Nichtsdestoweniger wird man vielleicht auf den zweiten Blick so etwas wie ein System entdecken, und zwar, wenn man sich an die Antike Gerichtsrhetorik erinnert (§ 2). Dort hatten wir gesehen: Es gab ein erstes Schema, das die Arbeitsschritte des Rhetorikers auflistet – von der Stoffsammlung (*inventio*) bis zum „Auftritt" (*pronuntiatio*). Es gab sodann weitere Prüfschemata, mit denen der Prozessstoff aufbereitet wurde: die Statuslehre in ihren beiden Varianten der *statūs rationales* (Herausarbeiten von Tat- und Rechtsfrage) und der *statūs legales* (Interpretationslehre). Drittens schließlich gab es eine Lehre von den Überzeugungsmitteln (*písteis, argumentatio*), in der die Techniken vorgestellt wurden, mit denen man formal und inhaltlich die Einzelprobleme des Falls bearbeitet und bewältigt (insbesondere mit dem rhetorischen Syllogismus und Argumenten wie dem Erst-recht-Schluss).

In ähnlicher Weise kann man wohl auch das, was die Kautelarjurisprudenz zu leisten hat, in ein System bringen. Ich schlage vor:

Die Arbeitsschritte (I)

Die Schemata (II)

Die Maßarbeit (III).

---

13 *Carsten Kunkel*, Vertragsgestaltung. Eine methodisch-didaktische Einführung, Berlin 2016.

14 *Lutz Aderhold/Raphael Koch/Karlheinz Lenkaitis*, Vertragsgestaltung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 7 Rn. 33.

15 So bei *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin etc. 1991; *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023.

16 So bei *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien etc. 1982, als Anhang S. 609–617).

17 *Joachim Vogel*, Juristische Methodik, Berlin etc. 1998, S. 184–196.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Die Arbeitsschritte (Zeitdimension)

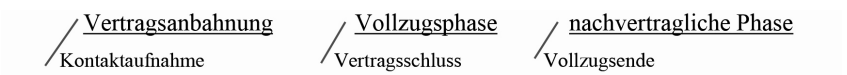
1. Zwei Vorschläge aus der Literatur

Was die Arbeitsschritte bei der Vertragsgestaltung angeht, gibt es in der Literatur verschiedene Vorschläge.[18] So lautet die schon erwähnte „Denkschritte"-Liste bei **Kamanabrou/Wietfeld**: 8

- Informationsgewinnung
- Rohentwurf des Vertrags
- (hypothetische) Rechtsanwendung
- Anwendung von Gestaltungskriterien
- Bewältigung von Zielkonflikten
- Vertragsverhandlungen
- Belehrung und Beratung
- Erstellung der Vertragsurkunde.[19]

Diese Schritte gehen freilich ineinander über, und die einzelnen Schritte spielen auch nicht bei allen Verträgen in gleicher Weise eine Rolle.

Einen anderen Ansatz findet man bei **Moes**.[20] Er versteht Verträge, wie schon erwähnt, als (vor allem wirtschaftliche) Transaktionen, so dass man sie methodisch am besten mit Hilfe der Zeitdimension in den Griff bekommt: 9



Dabei zählt Moes übrigens, anders als Kamanabrou/Wietfeld, die Vertragsverhandlungen (*negotiations*) nicht zu den „Kernaufgaben des Vertragsjuristen". Dies sei Sache des Mandanten, und die Juristen bildeten dabei „mit der Berufung auf angebliche oder tatsächliche rechtliche Zwänge einen Teil der Verhandlungsstrategie ihres Mandanten". Eine solche Sicht verhindert freilich, dass Juristen auch einmal als lösungsorientiert (und nicht als die üblichen Verhinderer) wahrgenommen werden[21] (siehe auch unten Rn. 56, 68, 70).

Demgemäß erörtern Kamanabrou/Wietfeld sehr wohl „Verhandlungstypen" (gemeint: Menschen; im Einzelnen: kompetitiver, kooperativer und individualistischer 10

18 Siehe neben den beiden folgenden auch *Kunkel*, Vertragsgestaltung (Fn. 13), S. 61 (3.5.2), 136 (4.2.3); *Aderhold/Koch/Lenkaitis*, Vertragsgestaltung (Fn. 14), § 7 Rn. 33.

19 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 12.

20 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 15–20.

21 Vielleicht unterliegt Moes hier einem gewissen *Bias*, also einer leicht „verzerrten" Wahrnehmung (§ 35 III und IV): Er ist Notar, also *per definitionem kein* Interessenvertreter. – § 1 Bundesnotarordnung (BNotO) lautet: „Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt." – Zur „**vorsorgenden Rechtspflege**" als Übersetzung von „Kautelarjurisprudenz" schon Fn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Typ), „Verhandlungsfallen" (z.B. die Fuß-in-der-Tür-Technik oder Konsistenzfalle,[22] die Tür-ins-Gesicht-Technik oder Konzessionsfalle[23]) und „Verhandlungsstrategien" (insbesondere die Harvard-Verhandlungsmethode).

Natürlich hat dies viele Berührungspunkte mit den Erkenntnissen der Verhaltensökonomie bzw. Kognitionswissenschaft (§§ 35 und 36).[24]

2. Rückblick: Die Relationstechnik der „Dezisionsjuristen"

11 Wie auch immer: Es gibt offenbar schon bei den Arbeitsschritten der „Vertragsjuristen" – wie sie im Gegensatz zu den „Dezisionsjuristen" gern genannt werden[25] – keine Methodik, die „Allgemeingut" wäre, also (laut Duden) „etwas, das alle geistig besitzen, worüber alle geistig verfügen". Gerade deshalb wollen wir uns kurz in Erinnerung rufen, was bei den sogenannten „Dezisionsjuristen" Allgemeingut ist, wenn sie einen Fall sachlich und zeitlich[26] in den Griff bekommen wollen: die Relationstechnik (§ 22).

In der Relationstechnik fragt man zunächst, was der Kläger an Tatsachen vorgetragen hat und ob dies, rechtlich betrachtet, sein Klagbegehren stützt („Klägerstation", Schlüssigkeitsprüfung). Sodann prüft man, ob das, was der Beklagte an Tatsachen vorgetragen hat, seinen Antrag auf Klagabweisung bei rechtlicher Betrachtung stützt („Beklagtenstation", Erheblichkeitsprüfung). Wenn das, was beide an Tatsachen behaupten, sich widerspricht – „er hat abrupt gebremst"/„hab' ich nicht" –, muss Beweis erhoben werden – was sagen die Beifahrer? kann man ihnen glauben? – („Beweisstation"). Wenn dies kein eindeutiges Ergebnis liefert, muss (und kann!) man trotzdem entscheiden („Tenorierungsstation"), nämlich nach Beweislast.

3. Ein neuer Vorschlag für die Kautelarjurisprudenz („Vertragsjuristen")

12 Es liegt auf der Hand: In der Kautelarjurisprudenz liegen die Dinge ein wenig anders. Nichtsdestoweniger gibt es auch Gemeinsamkeiten: Auch der „Kautelarjurist" muss sich

22 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 2 Rn. 15: „Die Konsistenzfalle besteht darin, dass der Manipulator zunächst eine kleine Konzession erstrebt, um auf dieser Basis sein eigentliches Anliegen vorzubringen."

23 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 2 Rn. 18: „Die Konzessionsfalle besteht darin, dass der Manipulator zunächst eine große Konzession verlangt, um bei Ablehnung sein eigentliches, kleineres Anliegen vorzubringen."

24 Siehe auch *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 2 Rn. 20 f.: „Formulierungsfallen".

25 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 2–4; *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 3, sprechen auch von Dezisions- und Kautelarjurisprudenz. – Da heute Latein unter Juristen nicht mehr Allgemeingut ist: „Dezision" heißt Entscheidung (wie englisch *decision*), deshalb ist die Bezeichnung „Dezisionsjurist" leicht irreführend. Auch die Vertragsgestaltung erfordert Entscheidungen, sehr viel mehr sogar als ein richterliches Urteil, bei dem es idealiter nur um die Alternative geht: Anspruch begründet oder Anspruch unbegründet?

26 Siehe soeben Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwei Seiten vergegenwärtigen[27] – die des Mandanten und die des Kontrahenten[28]. Auch er muss prüfen, welche rechtlichen Möglichkeiten es gibt, um deren Interessen „schlüssig" zu verwirklichen. Auch er hat es mit Ungewissheiten zu tun (Stichwort Beweislast), die allerdings vielfältiger sind (lügt der Kontrahent? oder gar der Mandant?) und sich aus der Sicht *ex ante* als Risiken[29] darstellen oder genauer: als mehr oder weniger „erhebliche" Gefahren, denen man mit Hilfe des Rechts begegnen will. In Anlehnung auch an die Arbeitsschritte der Antiken Gerichtsrhetorik (§ 2 Rn. 6) könnte man das Vorgehen der Kautelarjuristen daher in die folgenden Arbeitsschritte untergliedern:

13

(1) Stoffsammlung (*inventio*)
  (a) Mandantenstation
    tatsächlich zu klären: Ziel, Interessen und Ressourcen
    rechtlich zu klären: mögliche Instrumente, deren Vor- und Nachteile
      Beispiel: Wer für sein Zuhause eine „Kraftstation" erwerben will (ein variables Trainingsgerät), fährt unter 5 Varianten am besten bei einem Kauf mit Umtauschvorbehalt.[30]
  (b) Kontrahentenstation
    tatsächlich zu klären: Ziel, Interessen und Ressourcen (alles mehr oder weniger ungewiss)
    rechtlich zu klären: mögliche Gegenvorschläge des Kontrahenten, Vor- und Nachteile
  (c) Risikostation
    tatsächliche Risiken auf beiden Seiten (z.B. Zahlungsunfähigkeit)
    rechtliche Risiken auf beiden Seiten (z.B. bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen)
(2) Rohentwurf eines autoritativen Textes (oder auch mehrerer; in etwa: *dispositio*)
  also etwa des Testaments, des Vertrags, der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
  nützlich dabei: Schemata (Vertragsmuster, „Formulare")
    wichtig: zunächst nur für den internen Gebrauch![31]
(3) Verhandlung (in etwa: eine erste *pronuntiatio*)
  Vorsicht dabei vor Strategien wie *framing*[32] und *anchoring* (§ 35 Rn. 49, 50)!
  Variante 1: sofortige Einigung
  Variante 2: keine sofortige Einigung, dann zurück auf (1) oder (2)
(4) Endgültiger autoritativer Text (in etwa: *elocutio*)
  insbesondere: Erstellung der Vertragsurkunde

---

27 Dies betont *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 34 f.; mehr noch: Rechtsberatung verlangt häufig einen vielfältigen Perspektivenwechsel.

28 Kontrahent ist, wörtlich genommen, der Vertragspartner (man denken an lateinisch *contrahere* bzw. englisch *contract*), nicht also ein Gegner in einem Nullsummenspiel (oder gar ein Feind).

29 Zu den Begriffen „Risiko" und „Gefahr" schon, in anderem Kontext, § 24 Rn. 20–22.

30 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 27–29.

31 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 30: „Vorgefertigte Lösungen werden von anderen Personen nur ungern angenommen."

32 Beispiel: suggestive Metaphern, etwa von dem großen Sturm, der beide Seiten hinwegfegen wird, wenn man sich im Vertrag nicht auf weniger einigt, als die andere Seite will (natürlich ein völlig frei erfundenes Beispiel). Darauf darf man sich dann mit keinem Wort einlassen. Vielleicht auch mit einer Gegenmetapher kommen: Wenn eine Stütze kaputtgespart wird, bricht auch der Rest zusammen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(5) Belehrungen und Ausfertigung (in etwa: eine zweite *pronuntiatio*)
„Ausfertigung" ist die Erstellung der sog. Urschrift; es gibt in der Regel mehrere Ausfertigungen, z.B. beim Vertrag für beide Parteien je eine. – Belehrungen sind natürlich auch schon zuvor immer wieder nötig.

14 Natürlich passt dieses Schema, wie alle Schemata, niemals perfekt (§ 23). Und natürlich gehen die Schritte ineinander über: Wenn man zur Stoffsammlung und „Informationsgewinnung"[33] mit dem Kontrahenten telefoniert (oder auch hinten herum mit anderen Informanten), dann ist das schon ein Teil der „Verhandlung" und birgt eigene Chancen und Risiken.

III. Die Schemata (Sachdimension)

15 Auch die Schemata in der Sachdimension sind niemals vollkommen. Nichtsdestoweniger sind sie hilfreich, um die Sache in einem ersten Zugriff in den Griff zu bekommen.

1. Ein Grobschema: Das Wichtigste zuerst

16 Das erste Schema ergibt sich – und so sollte es bei Schemata eigentlich immer sein – aus der Sache selbst. Grob gesagt beruht es auf der Maxime *first things first* – das Wichtigste zuerst. Man beginnt daher mit den sogenannten *Essentialia negotii* (das sind die für die Transaktion wesentlichen Dinge, die „Essenz"), gefolgt von Regelungen, wie diese Hauptzwecke erreicht werden sollen, schließlich, wie Störfälle abgewickelt werden sollen:

- *Essentialia negotii* (Gegenstand der Transaktion)
- Vollzug der Transaktion
- Störfälle
- Sonstiges

a) Die Essentialia negotii

17 Die *Essentialia negotii* – wesentliche Bestandteile des Geschäfts – ergeben sich aus der alten, oft persiflierten Juristenfrage (dazu schon § 23 Rn. 42):

„Wer – will was – von wem – woraus?"

Anders gewendet: Bezeichnet werden müssen die Parteien (oder bei einseitigen Geschäften wie einem Testament: der Autor), der Gegenstand des Vertrags (z.B. eine Sache, die verkauft wird, und der Preis, der dafür zu zahlen ist), schließlich der Rechtsgrund, aus dem sich die Verpflichtungen der Parteien ergeben – z.B. ein Kaufvertrag. Das kann ganz schmucklos wie folgt geschehen:

33 So *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darlehensvertrag

1. Heinrich Müller – Darlehensgeber
   Fritz Schulze – Darlehensnehmer
2. Darlehenssumme: 2.000 Euro, 3 Prozent Zinsen

b) Vollzug des Geschäfts

Dies betrifft das „Wie" des Geschäfts, insbesondere, wie und wann die Leistungen zu erbringen sind – in unserem Beispiel etwa: 18

3. Fritz Schulze hat die Darlehenssumme am 01.07.2024 in bar erhalten.
4. Rückzahlung: monatlich 200 Euro ab 01.10.2024, letzte Rate 260 Euro.

Schon an dieser Stelle sind unter Umständen Regelungen am Platz, die der Vorsorge gegen Risiken gelten. Bekanntestes Beispiel: Der Verkäufer behält sich das Eigentum an der Kaufsache, z.B. einem Auto, bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vor (Vereinbarung eines sog. Eigentumsvorbehalts,[34] um das Vorleistungsrisiko zum vermindern[35]).

c) Regelung von Störfällen

Dies ist der Bereich, der das bunteste Bild bietet. Man kann denken an die Regelungen über Leistungsstörungen,[36] etwa an einen Ausschluss der Gewährleistung bei Fahrlässigkeit oder an einen pauschalierten Schadensersatz. Man kann Vertragsstrafen vereinbaren oder Schiedsvereinbarungen treffen.[37] Hinzu kommen u.U. Regelungen für den Fall, dass sich ein Teil der Vereinbarung oder gar ein ganzer Vertrag als unwirksam herausstellt,[38] vielleicht auch, wie man sich vorzeitig aus einem Vertrag lösen kann[39] – und vieles mehr. 19

d) Sonstiges

Sonstige Regelungen betreffen etwa Vereinbarungen über die Form (z.B. Kündigung in Schriftform) oder darüber, wer die Notarkosten zu tragen hat. 20

* * *

Dies ist der sozusagen grobe Vierschritt (*fourstep*) der Vertragsgestaltung. Hinzukommen können weitere Schritte, bei Austauschverträgen etwa ein weiterer Gliederungspunkt zur Regelung von Nebenleistungen und nachvertraglichen Pflichten (z.B. die 21

34 § 449 Abs. 1 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch –: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt)."

35 Es bleiben Risiken übrig, etwa, dass der Käufer die Kaufsache an einen Dritten veräußert und dieser Dritte sie, wie man sagt, „gutgläubig" erwirbt (§ 932 Abs. 1 BGB).

36 Ausführlich *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 309–331.

37 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 38 f., 43 f.

38 Ausführlich *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 332–343.

39 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 353–373, praktischerweise gleich mit Schema für einen Vergleichsvertrag (Rn. 371).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Pflicht, auf eine bestimmte Zeit Konkurrenz zu unterlassen) oder ein Abschnitt über Vertragsanpassungen.[40] Auch müsste man – in einer ausführlichen Methodenlehre der Kautelarjurisprudenz – innerhalb der vier Hauptgliederungspunkte weiter untergliedern. Für die Zwecke der NJML mag dieses Grobschema aber ausreichen.

2. Das Grobschema ausfüllen: Vertragsarten

22 In einem weiteren „Denkschritt" – er bildet den Ausgangspunkt der *dispositio*, also der Erstellung eines Rohentwurfs – stellt sich in der Kautelarjurisprudenz die Frage, welches Spezialschema auf diesen Fall passt oder auch: am besten passt.[41] Je nachdem kann man, gerade in der Praxis mit ihren vielen Handbüchern zur Vertragsgestaltung,[42] auf ausdifferenzierte Schemata zurückgreifen. Wie man sie in einer allgemeinen Methodenlehre der Kautelarjurisprudenz systematisiert, ist eine Frage der Übersichtlichkeit (wenn man so will: der Ästhetik). Es gibt daher verschiedene Möglichkeiten (unter a bis c).

a) Differenzierung nach dem wirtschaftlichen Zweck

23 Die NJML nimmt als erstes Differenzierungskriterium den wirtschaftlichen Zweck des Vertrags (der Transaktion, des Rechtsgeschäfts).

aa) Austauschverträge

24 Hauptmuster ist insofern der Austauschvertrag: Zwei sogenannte[43] „Leistungen" werden ausgetauscht. Beispiele sind Kaufvertrag (geschuldet wird Kaufsache gegen Kaufpreis), Mietvertrag (Nutzung der Mietsache gegen Mietzins), Dienstvertrag (grob gesagt: Arbeitszeit gegen Arbeitslohn), Werkverträge (Erfolg, z.B. einer Reparatur, gegen Werklohn), Darlehen (Geld gegen Zins und Rückzahlung). All dies bildet in der juristischen Ausbildung den Schwerpunkt des Vertragsrechts.

Dabei ist schon das Gesetz – hier das BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) – in der Regel so aufgebaut, dass es dem oben genannten Grobschema entspricht: Zunächst werden die vertraglichen *Hauptpflichten* benannt (§ 433 BGB, § 535 BGB, §§ 611, 611a BGB, § 631 f. BGB, § 488 BGB). Was die *Durchführung* des Vertrags betrifft, ist vieles im Allgemeinen Schuldrecht geregelt, z.B. die Erfüllung des Vertrags durch Austausch der Leistungen „Zug um Zug" (mehr vorausgesetzt als geregelt in § 322 BGB). In den Schuldverhältnissen des Besonderen Teils (Kauf, Miete etc.) folgt dann die Regelung von *Störfällen*, Beispiele: die Haftung für Mängel der Kaufsache (§§ 437 ff. BGB), der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" (§ 566 BGB), die fristlose Kündigung eines Dienstverhältnisses (§§ 626–628 BGB), die Nacherfüllung beim Werkvertrag (§ 635 BGB), besondere Vorschriften für Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491 ff. BGB).

40 Siehe das Schema für Austauschverträge bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 41.
41 Siehe schon bei Fn. 30.
42 Ich verzichte auf Einzelnachweise.
43 Dies als Erläuterung für nicht-juristische Leser.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es liegt auf der Hand, dass auch die Vertragsgestaltung zweckmäßigerweise dieser Grundstruktur folgt – und dass die hierfür zu entwickelnden Schemata bis ins Unendliche verfeinerungsfähig sind.[44]

bb) Gesellschaftsverträge

Zu unterscheiden von Austauschverträgen sind Gesellschaftsverträge. Auf den ersten Blick ist dies nicht schwierig: Man stelle sich auf der einen Seite den vielzitierten Kauf eines Brötchens für 40 Cent vor, auf der anderen Seite die Gründung einer GmbH oder gar einer Aktiengesellschaft. Die Abgrenzung kann aber auch schwieriger sein, etwa in diesem 25

Fall: Musikliebhaber A will ein kleines Konzert mit einem jungen Künstler[45] veranstalten. Es fehlt ihm allerdings das nötige Kapital. B ist bereit, ihm für die Durchführung 10.000 EUR „zu leihen". Als Gegenleistung kann sich B folgende Varianten vorstellen:

(a) A zahlt sechs Wochen nach Durchführung des Konzerts 10.500 EUR zurück.
(b) A zahlt sechs Wochen nach Durchführung des Konzerts 10.000 EUR plus einen
Anteil von 30 % des Reingewinns.
(c) A zahlt keinen festen Betrag zurück, sondern 60 % seines Reingewinns.[46]

Es liegt auf der Hand: Variante (a) ist ein Austauschvertrag in Gestalt eines Darlehens, Variante (c) ein Gesellschaftsvertrag, weil ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird (§ 705 BGB[47]). Bei der Variante (b) handelt es sich hingegen um eine Mischform, und man muss fragen, welcher Vertragscharakter überwiegt. Um dies nicht nur aus dem Bauch heraus zu entscheiden, kann man etwa vorschlagen, die Unterscheidung von Austausch- und Gesellschaftsvertrag korreliere im Wesentlichen mit der Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital.[48] Dann kann man sagen: In Variante (b) überwiegt eindeutig das Fremdkapital, es handelt sich also um ein Darlehen.

Man sieht natürlich unschwer: Hier wird ganz schlicht und einfach subsumiert (§ 9), und man hat dabei zwei Oberbegriffe zur Auswahl (Austausch- und Gesellschaftsvertrag), die mit Hilfe weiterer Kriterien näher bestimmt werden („Definition") – nicht anders als bei der Abgrenzung von, sagen wir, Diebstahl und Betrug (vgl. § 18 Rn. 6).

---

44 Siehe nochmals das relativ grobe Schema bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 41, und sodann zur Vertiefung die §§ 9 bis 18 des Werks.

45 Wir müssen ihm nicht den Namen „K" geben, denn er spielt für die rechtlichen Fragen keine Rolle.

46 Fall bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 417.

47 Absatz 1 der Vorschrift lautet: „Die Gesellschaft wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern."

48 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 416 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

26 Wenn man dann weiß, *dass* eine Gesellschaft gegründet wird, kann man den Vertrag wieder wie folgt nach dem oben entwickelten Grobschema gliedern:

a) Essentialia negotii

A. Name/Firma und Sitz der Gesellschaft; Gesellschaftszweck
B. Die Gesellschafter und das Maß ihrer Beteiligung

b) Vollzug der Gesellschaft

C. Verwaltung, insbesondere Geschäftsführung und Vertretung
D. Gewinn und Verlust, insbesondere deren Verteilung

c) Sonderfälle („Störfälle")

E. Änderungen des Gesellschaftsvertrags
F. Veränderungen im Gesellschafterbestand
G. Beendigung der Gesellschaft

d) H. Sonstiges

In der Praxis lässt man der Übersichtlichkeit halber die erste Gliederungsebene (das gedankliche Grobschema) weg.[49] In der Sache hat dies keine praktische Konsequenz (dazu § 5 Rn. 14–17), und Methode heißt ja nicht, einen jeden „Denkschritt" explizit darstellen.[50]

cc) Vergleichsverträge

27 Von Austauschverträgen zu unterscheiden sind, und dies vor allem im Verwaltungsrecht, die Vergleichsverträge. Im Verwaltungsrecht wird der Vergleich definiert als ein Vertrag, durch den „eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird" (§ 55 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG).[51]

Der Aufbau solcher Verträge[52] hat seinen Schwerpunkt typischerweise auf den *Essentialia negotii*, das sind neben den (1) Vertragsparteien zunächst (2) die Darstellung[53] der streitigen (und unstreitigen) Punkte und sodann (3) die Art des gegenseitigen Nachgebens. Dabei kann der Streit sowohl Tatsächliches betreffen (wurde schon gezahlt oder nicht?) als auch Rechtliches (bestand das Mietverhältnis fort oder wurde es wirksam gekündigt?). Und das gegenseitige Nachgeben kann etwa im Weg des Anerkennens der

49 Siehe das – detailliertere – Schema bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 437.

50 Auch hier daher ein Hinweis auf *Katharina Sobota* (jetzt *von Schlieffen*), Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt a.M. 1990. Sie expliziert ausführlich das Geflecht aus Schlussfolgerungen, das einen ganz alltäglichen juristischen Text durchwirkt – Logik, Logik, Logik! – und dabei zu 80 bis 90 Prozent latent ist (siehe schon § 32 Rn. 14–18).

51 Demgegenüber ist Austauchvertrag ein Vertrag, „in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet". Er „kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen" (§ 56 Abs. 1 VwVfG).

52 Ein Muster bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 371.

53 Eine kleine Beckmesserei: „Darstellung", nicht wie bei *Moes* (Fn. 11), Rn. 371, „Beschreibung". „Beschreibung" meint nach herkömmlichem Verständnis die Darstellung von Tatsachen, nicht von Rechtsfragen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gegnerischen Rechtsposition bestehen (z.B. des Grenzverlaufs bei zwei Grundstücken) oder auch in einer Geldleistung („500 Euro, und alles ist vergessen").

Demgegenüber treten die Regelungen über den Vollzug und über Störfälle in den Hintergrund. Besonders wichtig ist freilich die sogenannte Abgeltungsklausel,[54] die in ihrer einfachsten Form lautet:

> „Mit dem Vollzug dieses Vergleichs sind alle Ansprüche der Parteien aus dem (z.B. Unfallereignis vom …) umfassend abgegolten."

dd) Unentgeltliche Verträge

Einige Besonderheiten ergeben sich bei unentgeltlichen Verträgen (Schenkung, Leihe, Auftrag, zinsloses Darlehen – mehr gibt es nicht[55]). Zum einen fehlt es zwar – definitionsgemäß – an einem eigentlichen Entgelt. Sehr wohl kann aber der Schenker (Leihgeber, Auftraggeber) mit dem unentgeltlichen Geschäft rechtlich relevante Zwecke verbinden, etwa eine bestimmte Verwendung der verliehenen Sache. Dies muss dann vertraglich festgehalten und abgesichert werden.[56] 28

> Nur am Rande sei erwähnt, dass eine Schenkung bei grobem Undank des Beschenkten vom Schenker kraft Gesetzes widerrufen werden kann (§ 530 BGB). Und es gibt auch Schenkungen unter Auflage (§ 525 BGB).[57]

Zum anderen sind Schenkungen größeren Umfangs – insbesondere die Schenkung von Grundstücken und/oder Schenkungen unter Lebenden, die das Erbrecht vorwegnehmen – rechtlich höchst kompliziert bis delikat. Bei der Schenkung von Grundstücken etwa sind die *Essentialia negotii* sehr schnell abgehandelt, und der Großteil des Vertrags besteht in der sachenrechtlichen Durchführung (Auflassung, evtl. Einräumung eines Nießbrauchs für den Schenker, Belastungs- und Veräußerungsverbote).[58] Zum anderen sind bei vorweggenommener Erbfolge oder bei Schenkungen auf den Todesfall mögliche erbrechtliche Berechtigungen Dritter zu berücksichtigen, insbesondere Pflichtteilsrechte (vgl. etwa § 2325 Abs. 1 BGB[59]) – und das Steuerrecht. All dies macht erbrechtlich relevante Schenkungen „technisch anspruchsvoll".[60]

b) Differenzierung nach Rechtsgebieten

Damit zur zweiten kautelarjuristischen Systematisierung von Verträgen und sonstigen Rechtsgeschäften. Sie orientiert sich schlicht und einfach an den betroffenen Rechtsge- 29

54 Vgl. *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 371.

55 Es sei denn, man zählt auch begünstigende Verfügungen von Todes wegen (z.B. ein Vermächtnis im Testament) in wirtschaftlicher Betrachtung zu den Verträgen, so *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 232.

56 Siehe etwa *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 401.

57 Schöne Darstellung der Vertragsgestaltung bei Schenkungen: *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 7, mit dem Beispiel der Zuwendung von Grundeigentum an die minderjährige Enkelin.

58 Vertragsentwurf bei *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 7 Rn. 60.

59 Die Vorschrift lautet: „Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird."

60 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 371.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bieten, wobei im Vordergrund naturgemäß das Privatrecht steht: Es ist nun einmal die Domäne der Verträge, also der konsensualen Gestaltung von Rechtsverhältnissen unter rechtlich Gleichen durch gemeinsam verantwortete *autoritative Texte* (zum Begriff § 14 Rn. 22).

Im Öffentlichen Recht sind Verträge hingegen die Ausnahme, weil der Staat (im engeren und weiteren Sinn[61]) in der Regel einseitig-hoheitlich handelt. Im Strafrecht hat es sogar ein gewisses Geschmäckle, wenn Staatsanwaltschaft und Gericht mit dem Angeklagten verhandeln (Geständnis gegen Aussetzung zur Bewährung oder gar: mildere Strafe gegen Auskunft, wo die Beute versteckt ist).[62]

aa) Sachenrecht

30 Praktisch besonders bedeutsam ist das Sachenrecht. Dies liegt vor allem daran, dass für sämtliche Geschäfte, die das Eigentum an Grundstücken (Immobilien) betreffen – sei es Veräußerung und Erwerb, sei es Belastung mit einer Hypothek etc. – grundsätzlich[63] eine notarielle Beurkundung erforderlich ist (§ 311b, § 875 Abs. 2 BGB). Die insoweit zu gestaltenden Verträge haben ihre ganz eigene, sehr technische Atmosphäre und sind ohne fundiertes Wissen im Sachenrecht kaum zu verstehen.[64] Nichtsdestoweniger müssen sie den Parteien vorgelesen und von ihnen genehmigt werden (§ 13 Abs. 1 BeurkG – Beurkundungsgesetz).

In der Praxis gibt es, wie schon angedeutet, eine ganze Fülle von Handbüchern mit „Schemata", und natürlich hat auch jeder Notar seine Sammlung eigener Muster (früher nannte man sie auch „Schimmel"[65]).

31 Weniger formgebunden sind Verträge über bewegliche Sachen (Mobilien), also z.B. ein Autokauf. Sie sind sogar formlos möglich, man kann das Auto also mündlich verkaufen und den Vertrag sogleich vollziehen: Schlüssel und Papiere gegen Geld („bar auf die Kralle"). Schriftliche Verträge empfehlen sich schon zu Beweiszwecken (kein Diebesgut!), vor allem aber, wenn die Haftung für Sachmängel besonders geregelt werden

61 Staaten im engeren Sinn sind Bund und Länder, sie verfügen über eine souveräne, unabgeleitete Hoheitsgewalt (auch die Länder! Abgrenzung zum Bund: Art. 30 GG). Staat im weiteren Sinn sind alle Hoheitsträger, die ihre Hoheitsgewalt vom Bund oder von den Ländern ableiten: etwa die Deutsche Rentenversicherung Bund und die Agentur für Arbeit (vom Bund), die Städte, Kreise und Gemeinden, Universitäten, Ärzte- und Handwerkskammern (von den Ländern).

62 Natürlich ist das ein weites Feld. In den USA hat das *plea bargaining* eine gewisse Tradition, in Deutschland ist es umstritten, vgl. jetzt § 257c StPO (Strafprozessordnung). Große Aufmerksamkeit in den Medien hat ein Deal zwischen der Staatsanwaltschaft und den Angeklagten im Fall des Dresdener Juwelenraubes („Grünes Gewölbe") gefunden.

63 Juristisch „grundsätzlich" heißt: im Grundsatz, es gibt also Ausnahmen. Siehe daher § 311b Abs. 1 BGB im Volltext: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen."

64 Schöne Darstellung mit Vertragsentwurf am Ende: *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 6.

65 Wohl von lateinisch *simile* = ähnlich; der „Amtsschimmel" – eine veraltende, leicht abschätzige Bezeichnung für zu viel Bürokratie – ist darauf zurückzuführen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

soll.[66] Komplizierter wird es, wenn bei einem Kauf ein Kredit in Anspruch genommen und das Auto deshalb der Bank (also einem Dritten) zur Sicherheit übereignet wird – wir kommen darauf zurück.

bb) Familien- und Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht

Weitere „klassische" Felder der Kautelarjurisprudenz sind das Familien- und Erbrecht, das Gesellschaftsrecht und das Arbeitsrecht. Im Familien- und Erbrecht spielt, wie schon angedeutet, häufig das Immobiliarsachenrecht mit hinein – und auch im Übrigen ist gelegentlich die Mitwirkung eines Notars vorgeschrieben[67] oder möglich[68]. 32

Die Testamente als Besonderheit der „Vertragsgestaltung" (im ökonomischen, nicht rechtlichen Sinn![69]) haben wir in einer Fußnote schon erwähnt.[70]

Das Gesellschaftsrecht ist schon angesichts der vielfältigen Gesellschaftsformen – Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), offene Handelsgesellschaft (OHG), Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft (KG), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), beides auch kombiniert zur GmbH & Co. KG, – ein besonders weites und, wenn man so will, angestammtes Feld der Vertragsjurisprudenz (ohne Vertrag keine Gesellschaft).[71] 33

Notorisch schwierig ist, nebenbei, das Zusammenspiel mit dem Erbrecht.[72]

Auch das Arbeitsrecht ist eine Wissenschaft für sich, demgemäß auch die Vertragsgestaltung in diesem Bereich.[73] Man braucht daher einen weiten Überblick über die Spezialregelungen im BGB (§ 611a, § 619a, § 622) und in vielen Spezialgesetzen (Kündigungsschutz, Urlaub, Mutterschutz und Elternzeit, Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, besonders problematisch im Universitätsbetrieb[74]). Hinzu kommen all die Regelungen im Sozialversicherungsrecht, die an das Arbeitsverhältnis anknüpfen 34

66 Siehe den Entwurf eines Kaufvertrags über ein Rasterkraftmikroskop bei *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 4 Rn. 50.

67 § 1410 BGB: „Der Ehevertrag muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden." – § 2276 Abs. 1 Satz 1 BGB: „Ein Erbvertrag kann nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden."

68 § 2232 Satz 1 BGB: „Zur Niederschrift eines Notars wird ein Testament errichtet, indem der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen erklärt oder ihm eine Schrift mit der Erklärung übergibt, dass die Schrift seinen letzten Willen enthalte."

69 Man sieht erneut, dass in einem Rechtsfall immer eine Vielfalt von Sinnzusammenhängen zusammenkommt (zu diesem Begriff § 5 I Rn. 40–59; zum Sinnzusammenhang „Dogmatik" § 10 Rn. 32; zum Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen § 24.

70 Siehe Fn. 55.

71 Siehe allgemein und mit dem Beispiel der Errichtung einer GmbH *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 9; allgemein und mit dem Gliederungsmuster eines (Außen-)Gesellschaftsvertrags *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), §§ 20–24 (Rn. 437).

72 Siehe etwa *Sabine Kick*, Die Haftung der Erben eines Personenhandelsgesellschafters, Köln etc.1997.

73 Dazu allgemein und mit dem Beispiel eines Aufhebungsvertrags *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 8.

74 Siehe das Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) von 2007, das gerade wieder geändert werden soll.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(Kranken-, Renten- und Unfallversicherung)[75] – außerdem unter Umständen Tarifverträge[76] zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden.

cc) Sonstiges Privatrecht

35 Im Übrigen gilt: Das Feld der Vertragsgestaltung ist so weit wie die Rechtsordnung (grundsätzlich ausgenommen: das Strafrecht, siehe oben). Man denke also im Privatrecht auch an den Versicherungsvertrag, den Verlagsvertrag für ein Buch, Verträge über das sonstige sogenannte geistige Eigentum (Urheberrecht, Patentrecht) und so weiter.

dd) Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsverträge

36 Bereits erwähnt wurde, dass es auch im Öffentlichen Recht Verträge gibt. Terminologisch unglücklich ist dabei, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz einen eigentlich nur Unterfall dieser Verträge mit dem Oberbegriff bezeichnet: Die §§ 54–62 VwVfG sprechen vom „öffentlich-rechtlichen Vertrag".[77] Richtig wäre die Bezeichnung „Verwaltungsvertrag", denn es gibt auch andere öffentlich-rechtliche Verträge, etwa die Staatsverträge der Länder im Bereich von Rundfunk und Telemedien oder die völkerrechtlichen Verträge des Bundes mit ausländischen Staaten.

Eine Besonderheit mit langer Tradition sind Verträge zwischen Staat und Kirche.[78] wobei die sogenannten „Konkordate" noch einmal eine besondere Besonderheit sind: Man bezeichnet damit Verträge des Staates (sei es der Bund, seien es die Länder) mit dem Heiligen Stuhl (unscharf: Papst oder Vatikan). Bei ihnen handelt es sich, weil der Heilige Stuhl ein Völkerrechtssubjekt ist, um völkerrechtliche Verträge.

Was die Verwaltungsverträge angeht, so war es historisch durchaus umstritten, ob sich der Staat dieser Handlungsform *überhaupt* sollte bedienen dürfen („der Staat paktiert nicht"). Mittlerweile ist „der Verwaltungsvertrag" allgemein und eben auch gesetzlich anerkannt.

Verwaltungsverträge können insbesondere an die Stelle eines Verwaltungsaktes treten (§ 54 Satz 2 VwVfG). Die Behörde kann also eine Baugenehmigung durch Vertrag statt durch Verwaltungsakt erteilen. Manches geht aber auch nicht: Insbesondere kann sich eine Gemeinde nicht durch Vertrag verpflichten, einen Bebauungsplan aufzustellen (§ 1 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB – Baugesetzbuch). Wir kommen darauf zurück (Rn. 51).

37 Nichtsdestoweniger kommen Verwaltungsverträge in den gängigen Darstellungen zur Vertragsgestaltung allenfalls am Rande vor.[79] Erst recht nicht findet sich in der akademischen Rechtswissenschaft ein großes Angebot an Vorschlägen zu einer Vertragsge-

75 Geregelt im sogenannten Sozialgesetzbuch, das ist eine eher äußerliche Zusammenstellung der einschlägigen Gesetze, hier also SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung –, SGB VI – Gesetzliche Rentenversicherung –, SGBVII – Gesetzliche Unfallversicherung. Im Jurastudium kommt davon vor: nichts. Große Peinlichkeit dann, wenn doppelt geprüfte Juristen vom „SGB Vau" sprechen statt vom „SGB (römisch) fünf".

76 Knapp dazu *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 8 Rn. 14.

77 Es ist mir schleierhaft, warum dies nicht längst geändert wurde.

78 Klassiker: *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a.M. 1965.

79 Siehe etwa *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), § 31.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

staltungslehre: Sie sei, so heißt es, bislang ein frommer Wunsch („Desiderat") geblieben und werde es auch dauerhaft bleiben (ohnehin sei die Rechtserzeugungsdogmatik in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine „Leerstelle").[80]

Auf der anderen Seite haben Verwaltungsverträge in der Praxis eine große Bedeutung. Dies reicht von der sogenannten Eingliederungsvereinbarung im Rahmen von „Hartz IV"[81] bis hin zum Vertrag der Bundesrepublik mit dem Lkw-Maut-Betreiberkonsortium „Toll Collect".

> Der Vertrag umfasste 17.000 Seiten, führte zu einem 14jährigen Streit, der 2018 mit einem milliardenschweren Vergleich beendet wurde (3,2 Mrd. zu Gunsten des Bundes) – bei Anwaltskosten von rund 500 Millionen Euro.[82]

Es wäre daher ein durchaus lohnendes Unterfangen, die Methode öffentlich-rechtlicher Vertragsgestaltung etwas systematischer als bisher anzulegen – letztlich zum Vorteil beider Seiten: „des Bürgers" und „der Behörde". Gemäß dem oben Rn. 7 vorgeschlagenen Raster könnte man etwa die folgenden Schwerpunkte setzen: 38

- Bei den **Arbeitsschritten** ist insbesondere zu beachten: 39

  Die (1) Stoffsammlung muss in der „Risikostation" vor allem darüber Klarheit verschaffen, wie die **Machtverhältnisse** sind, genauer: wie groß die Verhandlungsmacht auf beiden Seiten ist – eine finanziell klamme Stadt ist einem großen Investor nicht zwangsläufig überlegen.[83] Deshalb darf sie ihm auch nicht etwa einen Bebauungsplan „verkaufen" (siehe Rn. 51).

  Die (3) Verhandlungsstation ist, weil eine Seite hoheitlich handelt, stärkeren rechtlichen Beschränkungen unterworfen, besonders strikt etwa bei der Vergabe öffentlicher Aufträge („Vergaberecht") oberhalb der Schwellenwerte.[84] Zudem wird die „Verhandlungsstation" meist schon früh beginnen oder besser: rechtlich gleichsam ihren Schatten vorauswerfen: Im gesamten Verfahren[85] (!) muss es peinlich fair zugehen.

- Bei den **Schemata** ist zu bedenken: 40

  Natürlich gibt es auch für Verwaltungsverträge bereits **Vertragsmuster** und das Bemühen, Verträge nach Vertragstypen zu ordnen.[86] Solche Muster werden sich

80 *Patrick Hilbert*, Der Verwaltungsvertrag im System der Handlungsformen, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band V, Heidelberg 2023, § 147 Rn. 66.

81 § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB II: „Eine erwerbsfähige leistungsberechtigte Person muss aktiv an allen Maßnahmen zu ihrer Eingliederung in Arbeit mitwirken, insbesondere einen Kooperationsplan abschließen."

82 *Hartmut Bauer*, Verwaltungsverträge, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Aufl., München 2022, § 35 Rn. 44 mit Fn. 258.

83 *Bauer*, Verwaltungsverträge (Fn. 82), Rn. 118.

84 *Bauer*, Verwaltungsverträge (Fn. 82), Rn. 90, 112, 115, 120 f.

85 Siehe § 9 VwVfG: „Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein."

86 *Bauer* (Fn. 82), Rn. 133, 138 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aber aus zwei Gründen weniger leicht[87] standardisieren lassen: Erstens hat die eine Seite „im Prinzip" die Möglichkeit, „jederzeit" zu einer anderen Handlungsform zu wechseln, also „am Ende" doch hoheitlich zu handeln. Zweitens sind auf beiden Seiten nicht dieselben Juristentypen tätig: Verwaltungsbeamte sind ein anderer Schlag[88] Mensch als Rechtsanwälte. Aus diesen beiden Gründen dürften die Verhandlungsergebnisse stärker divergieren als im reinen Privatrecht.

Im Übrigen sollten die Verträge natürlich gut strukturiert sein, also nicht etwa aus einer Reihe von 23 Positionen – eine nach der anderen – bestehen.[89]

41 – Für die **Maßarbeit** ist insbesondere zu beachten:

Welche hoheitlichen Risiken stehen auf dem Spiel, hoch gegriffen: welche Risiken für das **Gemeinwohl**? Und wie kann man sich gegen sie absichern? Wie wird zum Beispiel bei Privatisierungsvorgängen die Verantwortung der Verwaltung („**Verwaltungsverantwortung**") für ein hoheitlich zu gewährleistendes Ergebnis abgesichert – man denke an die Betreiberverträge mit Privaten bei der Abwasserentsorgung?[90] Müssten insoweit nicht ganz erhebliche Sicherheitsleistungen verlangt werden?

Die gängigen Vertragsmuster scheinen allerdings eher betriebswirtschaftlich als juristisch fundiert zu sein.[91]

42 Nebenbei: Zur Gewährleistungsverantwortung des Bundes bei der Eisenbahn siehe Art. 87 Abs. 5 GG (Grundgesetz):

> „Der Bund gewährleistet, daß dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird."

All dies sind natürlich nur erste Anregungen im Rahmen eines „Ausblicks".

c) Differenzierung nach dem Komplexitätsgrad

43 Zuletzt noch kurz eine weitere, mehr äußerlich-phänotypische als dogmatische Differenzierung: die Differenzierung nach dem Komplexitätsgrad des Vertrags (oder sonstigen Rechtsgeschäfts).

aa) Mehrere Beteiligte („multipolare Rechtsverhältnisse")

44 Erstens wird es kompliziert, wenn an einem Rechtsgeschäft mehrere Personen beteiligt sind, etwa beim Kauf auf Raten eine Bank als Kreditgeber. Hier stellt sich als erstes die Frage, ob die Regelung in einem einzigen Vertrag oder in zwei (oder noch mehr) Verträgen erfolgen soll. Die Grundregel lautet dann „stehen und fallen": Wenn zwei Vorgänge, insbesondere Austauschvorgänge, nach dem Willen der Parteien miteinander

87 *Bauer* (Fn. 82), Rn. 134, mahnt denn auch zur Vorsicht.
88 Altgriechisch *týpos* bedeutet „Schlag, Hieb".
89 Siehe die Liste möglicher Regelungen in Betreiberverträgen bei *Bauer* (Fn. 82), Rn. 133.
90 *Bauer* (Fn. 82), Rn. 130, 136.
91 *Bauer* (Fn. 82), Rn. 134.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stehen und fallen sollen, dann sind sie in einem Vertrag zu verbinden; andernfalls sind sie in zwei Verträge (oder noch mehr) Verträge aufzuspalten.[92] Im Übrigen *müssen* manche Verträge kraft Gesetzes miteinander verbunden werden, so etwa ein Verbrauchervertrag über die Lieferung einer Ware mit einem Darlehensvertrag, der dies finanzieren soll (§ 358 Abs. 3 BGB). Dies und sonstiges zwingendes Recht (dazu gleich mehr) muss die Vertragsgestaltung natürlich berücksichtigen.[93]

bb) Mehrere Vertragsarten, Rechtsgebiete, Rechtsordnungen

Zweitens steigert sich die Komplexität eines Rechtsgeschäfts/einer Transaktion, wenn mehrere Vertragsarten und/oder mehrere Rechtsgebiete zusammenkommen (beides schon erwähnt). Ganz besonders gilt dies zudem, wenn es um internationale Sachverhalte geht und man sich zunächst einmal über das anwendbare Recht einigen muss.[94] 45

Zu insoweit einschlägigen europarechtlichen Regelungen ein Fall unter § 18 Rn. 74.

d) Schlussgag: das deutsche Steuerrecht

Zu guter Letzt ist als Komplexitätsbeschleuniger eigener Art das deutsche Steuerrecht zu nennen. Es spielt bei nahezu allen wirtschaftlichen Transaktionen eine Rolle, vor allem in Gestalt der Lohn- und Einkommensteuer und bei fast jedem Kauf und Verkauf als Umsatzsteuer („Mehrwertsteuer"), aber auch z.B. als Grundsteuer, Erbschafts- und Schenkungssteuer und so fort. Vertragsjuristen müssen auch dies immer „auf dem Schirm haben" (zu WYSIATI – *what you see is all there is* – schon § 35 Rn. 34–35), und es hat sich in den rechts- und steuerberatenden Berufen geradezu eine Steuervermeidungsindustrie etabliert. 46

> Simpelstes Beispiel: A will seinem Sohn S 800.000 Euro schenken. Schenkungen unter Angehörigen sind bis zu einer Höhe von 400.000 Euro steuerfrei. Bei einer Direktschenkung von 800.000 Euro würde ein Steuerbetrag von 60.000 Euro fällig. A kann dies vermeiden, indem er dem Sohn 400.000 Euro schenkt. Die übrigen 400.000 Euro schenkt er seiner Frau F, und diese schenkt sie an S weiter (sog. Kettenschenkung).[95]

Insgesamt muss man dem deutschen Steuerrecht wohl bescheinigen, dass es hyperkomplex und dadurch missbrauchsanfällig ist – die größten Schlagzeilen hat in letzter Zeit der sog. Cum-Ex-Skandal gemacht.[96] Auf der anderen Seite kommt man, so die Aus-

92 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 376.

93 Weiteres zu multiplen und mehrpoligen Rechtsverhältnissen bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 374–397.

94 Überblick: *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 503–512.

95 Beispiel bei *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 515 f. mit Nachweis, dass der Bundesfinanzhof dies billigt.

96 beckonline-Link 2029710: „Bei Cum-Ex-Deals, die ihre Hochphase zwischen 2006 und 2011 hatten, ließen sich Investoren nie gezahlte Kapitalertragsteuern erstatten und prellten den Staat geschätzt um mindestens zehn Milliarden [!] Euro. Dabei nutzten sie eine Gesetzeslücke. Erst im Jahr 2012 wurde das Schlupfloch geschlossen. 2021 entschied der Bundesgerichtshof, dass Cum-Ex-Geschäfte als Steuerhinterziehung zu werten sind."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kunft eines Fachanwalts[97], in Deutschland für kaum etwas so schnell ins Gefängnis wie für einen Verstoß gegen das Umsatzsteuergesetz (wir haben es schon einmal erwähnt).

47 Wie auch immer: Aus Sicht der NJML müssen die rechtsberatenden Berufe in so gut wie jedem größeren Fall die steuerrechtlichen Konsequenzen mitbedenken – sie gehören zu den „Kollateralfolgen" (§ 26 I) der rechtlich zu erwägenden Lösungen. Dabei ist vor allem auch zu bedenken, was rechtlich *nicht mehr geht*, zumal Umgehungsgeschäfte gemäß § 42 AO (Abgabenordnung) verboten sind[98] – und dann als Steuerhinterziehung strafbar (§ 370 AO).

Fazit eines Notars: „Mit den hierzu ergangenen Gerichtsentscheidungen und der einschlägigen Literatur lassen sich ganze Bibliotheken füllen."[99]

Nach allem ist kaum nachvollziehbar, dass die meisten Bundesländer in ihrer Juristenausbildung das Steuerrecht als Pflichtfach völlig aussparen.[100] „Fertige" Juristen müssen dort vom Steuerrecht, mit anderen Worten, nicht einmal die Grundzüge kennen. Wenn sie dann Anwalt geworden sind, müssen sie es trotzdem ständig auf dem Schirm haben.

IV. Die Maßarbeit (Sozialdimension)

48 Nachdem wir nun das Feld der „Schemata" durchgemustert haben, wollen wir kurz auf die „Arbeitsschritte" (unter II) zurückblicken und können insoweit bestätigen: Sie lassen sich nicht strikt, sondern nur idealtypisch[101] voneinander abgrenzen. Die Hauptarbeit steckt im Inhaltlichen, in der „Maßarbeit", die fast jeder Fall verlangt.

Zur juristischen Arbeit als Maßkonfektion schon § 23 Rn. 39–40.

Insofern kann man sich von den folgenden Gesichtspunkten leiten lassen.

---

97 Es ist der hochgeschätzte Kollege *Olaf Hohmann*.

98 Wortlaut: „§ 42 Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. (…)

(2) Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind."

Alles klar?

99 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 517 mit Hinweis auf *Klaus Tipke/Joachim Lang* (Hrsg.), Steuerrecht, (jetzt) 24. Aufl., Köln 2021, Kapitel 5.116 – 134 („knapp und überblicksartig").

100 Ausnahme: Allein in Bayern gehören die Abgabenordnung und Grundzüge des Einkommensteuerrechts zum Pflichtstoff im Zweiten Examen (§ 58 JAPO – Justizausbildungs- und Prüfungsordnung). – Nebenbei: Der Zugang zu den „JAPOs" der Länder im Internet ist teilweise katastrophal, und ich habe bei einigen Ländern trotz gründlicher Recherche nicht herausfinden können, was Prüfungsstoff im Zweiten Examen ist!

101 Zum Begriff Idealtypus siehe *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, § 1 I 6, auch 3 und 11.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Hauptziel: Die Absicherung gegen Risiken

Hauptziel der Kautelarjurisprudenz ist, wie der Name schon sagt (*cavere*!), die Absicherung gegen Risiken.[102] Diese Risiken können, wie schon erwähnt, im Tatsächlichen liegen – wie ist die Bonität des Kreditnehmers zu bewerten? –, aber auch im Rechtlichen: Wird der BGH bei seiner Rechtsprechung zu bestimmten Steuerstraftaten bleiben? Wie wird er ein neues Steuerschlupfloch bewerten? 49

2. Grenzen der Gestaltungsfreiheit: Zwingendes und dispositives Recht

Bei dieser Absicherung von Risiken ist im Kautelarrecht zuvörderst die Unterscheidung von zwingendem Recht und dispositivem Recht zu beachten.[103] Es gibt schlicht und einfach vertragliche Gestaltungen, die rechtlich nicht zulässig sind. Über derart zwingendes Recht kann man, anders gewendet, nicht disponieren. 50

Praktisch wichtigstes Beispiel ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das sind vorformulierte Vertragsbedingungen, die ein – vermutet wirtschaftlich überlegener – sog. Verwender seinen – üblicherweise schwächeren – Kunden „diktiert".[104] Dies war ehedem eines der Gebiete, auf denen das klassische BGB durch ein Spezialgesetz ergänzt wurde: das AGB-Gesetz von 1976.[105] Mittlerweile sind die Vorschriften in das BGB eingefügt worden (§§ 305–310 BGB), sie verbieten z.B. überraschende und mehrdeutige Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB) und enthalten insoweit sogar eine methodische Direktive für die Rechtsanwendung (**§ 305c Abs. 2 BGB**):

> „Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders."
>
> Weiteres Beispiel: Ein Hausmeisterservice bietet seine Leistungen zu deutlich günstigeren Preisen als die Konkurrenz an. In den AGB weist er deutlich darauf hin, dass er dies allein deshalb bieten kann, weil er die Gewährleistung für Sachmängel nur für ein halbes Jahr übernimmt (statt nach § 634 Abs. 1 Nr. 1 BGB für zwei Jahre). Das mag wirtschaftlich adäquat erscheinen, ist aber nach § 309 Nr. 8 b ff BGB unwirksam.[106]

Urbild zwingenden Rechts ist das Wucherverbot des § 138 Abs. 2 BGB: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile 51

102 Genauer müsste man sagen: Die Absicherung *von* Risiken *gegen* Gefahren, die das eigene Handeln eben zu einem bestimmbaren Risiko (= Handeln angesichts einer Gefahr) machen.

103 Siehe etwa *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 26 f., 98–130 (zum zwingenden Recht).

104 Schöne Darstellung: *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 3, am Ende mit einem Klauselvorschlag für einen Eigentumsvorbehalt.

105 Bundesgesetzblatt (BGBl.) I S. 3317. – Nebenbei: Das älteste dieser Spezialgesetze trat sogar schon vor dem BGB in Kraft: Das Abzahlungsgesetz von 1894 (RGBl. [Reichsgesetzblatt] S. 450). Anlass waren Nähmaschinen, die die Firma Singer für Heimarbeit verkauft hatte. Konnten die Käuferinnen die Raten nicht rechtzeitig zurückzahlen, mussten sie die Maschine zurückgeben, und die Firma behielt die schon gezahlten Raten.

106 Beispiel von *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 226–228.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen."

Schließlich noch ein Beispiel aus dem Öffentlichen Recht (s.o. Rn. 36) „Auf die Aufstellung von Bauleitplänen und städtebaulichen Satzungen besteht kein Anspruch; ein Anspruch kann auch nicht durch Vertrag begründet werden" (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB).

3. Gestaltungsvarianten: von der Rechtsfolge her denken

52 Wie verfährt man nun aber im Bereich des dispositiven Rechts methodisch? Man kann sagen: auch nicht anders als sonst im Juristischen. Nämlich: logisch, logisch, logisch.

a) Eine Vielzahl von VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismen)

53 Vertragsgestaltung läuft, logisch betrachtet, letztlich hinaus auf **Regeln** – sei es die Setzung eigener Regeln oder auch die Unterwerfung unter gesetzliche Regeln, sagen wir: unter die §§ 433 ff. BGB, wenn ich eine Sache „kaufe" oder „miete" – manchmal habe ich ja die Wahl! Regeln sind nun, wie wir gesehen haben, vor allem dadurch *Regeln*, dass man unter sie „subsumieren" kann, anders gewendet: dass man sie in einem künftigen *Fall* anwenden kann – mit einem bestimmten *Resultat*, das eben aus der Regel *folgt*. Kurz: Regeln „setzen", auch: sich ihnen unterwerfen, ist durch und durch eine Sache der Logik.

Logik ist nun einmal die Lehre von der Folgerichtigkeit, und dies nicht nur des Denkens, sondern auch und letztlich des Handelns (§ 4 Rn. 8–9).

54 Eben deshalb ist nun auch das, was bei der Vertragsgestaltung geschieht, durch und durch logisch: Man muss alle Regeln, die für die Gestaltung der Zukunft in Betracht kommen, gleichsam „durchrechnen" und schauen, was am Ende dabei herauskommt. Oft macht man das ganz routiniert und denkt nicht weiter darüber nach (System 1![107]). Aber auch dann stehen alle Regeln, die man treffen könnte, *immer schon* (latent) in Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS), bestehend aus Regel, Fall und Resultat. Und Resultat ist in einem Rechtsfall natürlich die Rechtsfolge.

Kamanabrou und Wietfeld bezeichnen dieses „Durchrechnen" der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten als „hypothetische Rechtsanwendung".[108] – Eine gewisse Parallele besteht auch zur „umgekehrten Subsumtion" bei der Gesetzgebung.[109]

Das Besondere an der Kautelarjurisprudenz gegenüber der richterlichen Rechtsanwendung ist daher zum einen die Menge an VJS, mit denen man jonglieren kann und sollte: Es ist eine Vielzahl, und man muss schauen, welcher VJS am attraktivsten ist. Dabei liegt auf der Hand: Es wird der sein, bei dem „am Ende" für den Mandanten die günstigste Rechtsfolge „herauskommt".

Als Beispiel hatten wir oben schon genannt: Beim Kauf einer „Kraftstation" (häusliches Trainingsgerät) kann sich ein Kauf mit Umtauschvorbehalt als günstigste Variante erweisen.

---

107 Dazu § 35 II.
108 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 26.
109 Dazu § 38 Rn. 40–42.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beachten muss man freilich, dass ein und dieselbe Regel – genauer: ihr Tatbestand – nicht nur eine, sondern mehrere Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Im eingangs erwähnten Beispiel der Vor- und Nacherbschaft etwa ist die Rechtsfolge nicht nur, dass nach dem Vorerben ganz bestimmte Nacherben zum Zug kommen. Vielmehr ist der Vorerbe zudem stark darin beschränkt, was er mit seinem Erbe anfangen kann, anders gewendet: Er ist in seiner Befugnis, über die Erbschaftsgegenstände zu verfügen, ganz erheblich eingeschränkt (§§ 2113–2115 BGB) und eigentlich kaum mehr als ein Vermögensverwalter des Nacherben (siehe §§ 2116–2135 BGB) – wenn man ihn nicht (kautelarjuristisch!) davon befreit (siehe § 2136 BGB). Das Gesetz hilft ganz grob mit einer Auslegungsregel: 55

> **§ 2137 BGB** (1) Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird, so gilt die Befreiung von allen in § 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen als angeordnet.
> (2) Das Gleiche ist im Zweifel anzunehmen, wenn der Erblasser bestimmt hat, dass der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll.

b) Logik, Logik, Logik – und Kreativität

Die zweite Besonderheit der Kautelarjurisprudenz besteht darin, beim Hantieren mit dem VJS erheblich freier zu sein als die „Dezisionsjurisprudenz". Man darf, ja man soll immer wieder Regeln nicht nur anwenden, sondern *erfinden*. 56

> Insbesondere können immer wieder neue Vertragstypen erfunden werden – klassisch etwa die Leasing- und Franchise-Verträge, aktuell vieles, was sich im Zug der Digitalisierung entwickelt, etwa Verträge über digitale Produkte.[110]

Oder man nimmt eine bestehende Regel und wendet sie auf einen Fall an, für den sie bis dato sicher nicht gedacht war. 57

> So in den 1970er Jahren die Anwendung der §§ 705 ff. BGB – Gesellschaft bürgerlichen Rechts – auf die nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften (die ja eigentlich „rechtsfrei" sein wollten[111]).[112] Oder man leitet aus dem Wahlrecht zum Bundestag die Beschwerdebefugnis für eine Verfassungsbeschwerde gegen den Vertrag von Maastricht ab.[113]
>
> Zudem kann man unter Umständen überlegen, ob denn alles, was das Recht zwingend verbietet, wirksam verboten wurde. Vielleicht ist es irgendwann nicht mehr zu rechtfertigen, dass ein Apotheker nur drei Filialen betreiben darf (§ 1 Abs. 2 Apothekengesetz – ApoG)?

All dies bleibt aber, wie wir schon im Rahmen der „dezisionsjuristischen" Tätigkeit gesehen haben, immer eingebunden in Logik, Logik, Logik (genauer: in Deduktionen, Induktionen, Abduktionen, siehe § 6, § 17 und § 25). 58

---

110 Jetzt Gesetz geworden in §§ 327–327u BGB.

111 Als eines von vielen Phänomenen der 1968er-Bewegung.

112 Zur Entwicklung und heutigen Einschätzung, dabei weiterhin zustimmend *Carsten Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 9. Aufl., München 2024, Vor § 705 Rn. 87 f.

113 BVerfGE 89, 155 – Maastricht (1993) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite); dazu schon oben § 24b Rn. 40–42. – Mit dem Vertrag von Maastricht wurde die Europäische Union gegründet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Gestaltungsvarianten: vom (Gesamt-) Ergebnis her denken

5 Wir haben gesagt: Kautelarjuristisch muss man von den Rechtsfolgen her denken. Das ist aber nicht alles.

a) Der Vorrang der Interessen

60 Die dritte Besonderheit der Kautelarjurisprudenz besteht nämlich darin: Man muss nicht nur von der Rechtsfolge her denken, sondern auch von den „Realfolgen" oder, allgemeiner gesagt, vom Außerrechtlichen her (§ 26). Wir haben zwar gesehen, dass Dezisionsjuristen dies auch tun und es auch nicht gänzlich vermeiden können.[114] Bei Kautelarjuristen ist dies aber die Hauptleistungspflicht: die Interessen des Mandanten vertreten.

Diese Interessen können wirtschaftlicher Art sein, aber auch sonstiger sozialer Art – insbesondere im Familien- und Erbrecht.

Kautelarjuristen müssen sich daher in vielen Welten (Sinnzusammenhängen, § 5 Rn. 40–59) gut auskennen. Wobei sie die Interessen der Mandanten natürlich nur so weit vertreten dürfen, wie sich dies mit dem Berufsethos vereinbaren lässt.

61 Daraus folgt nicht nur, dass Anwälte und sonstige Rechtsberater keine illegalen Geschäfte machen dürfen (das ist mehr als trivial, nämlich banal[115]). Es folgt auch, dass man als Rechtsberater nur so agieren und argumentieren sollte, dass die rechtlichen Ausführungen „vertretbar" sind. (Vertretbar ist alles, was sich mit der juristischen Methode ohne Scham begründen lässt, § 33 Rn. 17.)

Nochmals daher: Es ist nicht alles vertretbar! Anders gewendet: Ein guter Rechtsanwalt kann nicht „alles" vertreten; wer „alles" zu vertreten bereit ist, der ist kein guter Rechtsanwalt.[116]

b) Orientierung an „Werten"?

62 Wenigstens nebenbei sollte man die Frage stellen (man hat sie früher ganz unbefangen gestellt[117], und man weiß ja nie, wann etwas wieder in Mode kommt):

Kommen nicht an dieser Stelle die „eigentlichen", nämlich die „außerrechtlichen" und jedenfalls „außerlogischen" Wertungen in das Recht hinein? Die NJML kann dazu knapp sagen: ja und nein. Wertungen ja, wenn man „Wertung" ebenso wertfrei versteht wie „Interessen": als das, von dem jemand meint, dass es ihm berechtigterweise („von

114 Am Ende der Dienstzeit ein offenes Bekenntnis: *Kurt Schellhammer*, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl., Heidelberg 2019, Rn. 55, mit dem Beispiel einer jungen Kindergärtnerin, die „ihrem früheren Freund, einem Maul- und Frauenhelden, ihre ganzen Ersparnisse von 40.000 EUR gegeben hat, damit er sich einen Porsche kaufe". Da neigt der Richter doch sehr dazu, dies nicht als Geschenk, sondern als Darlehen zu qualifizieren. – Schellhammer (geb. 1935) ist einer der Päpste der Ausbildungsliteratur für die Referendarausbildung.

115 Zu diesen Begriffen § 2 Rn. 34 mit Fn. 82.

116 *Hingst*, Anwaltliche Erkenntnis (Fn. 27), S. 30.

117 *Langenfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 8), hat im Jahr 1991 die „Wertfrage" noch als das „zentrale methodologische Problem" bezeichnet (Rn. 12–14); ebenso die 2. Aufl. 1997 und die 3. Aufl. 2004 (Fn. 10), jeweils Rn. 17–19.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechts wegen") zusteht, genauer: zustehen sollte. In diesem Sinn sind „Wertungen" in rechtlichen Aussagen die ersten Prädikate (§ 5 Rn. 34–36) – mehr aber auch nicht.

Versteht man den Begriff „Wertung" hingegen wertend in dem Sinn, dass es die *richtigen* „Werte" sind, die an dieser Stelle in das Recht hineingeraten, muss die Antwort lauten: Nein. Das Recht kann keine höheren Werte anerkennen als die, die das Recht anerkennen kann – mit seiner Methode. (Ich bin versucht zu sagen: System 2-Methode.[118]) Zudem produziert das Recht seine eigenen Werte (siehe Rn. 70), darin besteht sein Eigenwert. Dass es dabei Werte, die sich aus anderen Sinnzusammenhängen ergeben, aufeinander abstimmen muss – oft genanntes Beispiel: Freiheit versus Sicherheit[119] – ist geradezu seine Aufgabe und seine Kunst. Und man muss zugeben: Dies kann mehr oder weniger gut gelingen (zur juristischen Gelungenheit §§ 33 und 34).

5. Auswahlkriterien

Wie soll man sich aber nun unter den verschiedenen Varianten, die sich bei der Vertragsgestaltung rechtlich und außerrechtlich anbieten, entscheiden? Man wird sich u.a. von den folgenden Maximen leiten lassen können: 63

a) Im Zweifel für die sicherste Lösung

Die erste Maxime folgt aus dem Hauptziel der Kautelarjurisprudenz: der Absicherung von Risiken (s.o. Rn. 49). Im Zweifel sollte man daher die sichere Variante wählen[120] – es sei denn, sie ist zu teuer. 64

Dies gilt vor allem für die Auswahl der Mittel zur Kreditsicherung. Insofern unterscheidet man Personalsicherheiten (Bürgschaft, Garantie, Schuldbeitritt) von Realsicherheiten (lateinisch *res* = die Sache). Bei den Realsicherheiten wiederum gibt es dreierlei: Sicherheiten an Immobilien (Hypothek, Grundschuld), an Mobilien ([Besitz-]Pfandrecht, Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt), schließlich auch an Rechten (Verpfändung, Sicherungsabtretung).[121] All dies ist kautelarjuristische Routine, am sichersten und teuersten sind Sicherheiten an Immobilien.

Die vier Methoden der Vorleistungssicherung sind: Konstruktion der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustauschs, Stückelung des Leistungsaustauschs, Stellung von Sicherheiten (dazu gehört vor allem die Vormerkung im Grundbuch), Einschaltung von Treuhändern.[122]

---

118 Siehe § 35 II. „System 2" ist der Teil unseres Denkapparates, in dem Probleme rational „durchgerechnet" werden; demgegenüber ist „System 1" der Bereich des Bauchgefühls, der schnellen Routinen und spontanen „Wertungen".

119 Dazu etwa: *Kay Waechter*, Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie. Tübingen 2016.

120 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 1 Rn. 32–35, 57 mit dem Beispiel einer Standortwahl.

121 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 5 mit Übersicht und Vertragsentwurf für eine Sicherungsübereignung; *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 297–299, auch 288.

122 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 285–303.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Ökonomische Kriterien („Je-desto-Formeln")

65 Mit dem „es sei denn, es ist zu teuer" (Rn. 64) ist die ökonomische Komponente der Kautelarjurisprudenz angesprochen. Sowohl der Vertrag (oder der sonstige autoritative Text, den es zu produzieren gilt) als auch die Dienstleistung der Kautelarjuristen sind Waren, die der Mandant (oder Arbeitgeber) bezahlen muss. In der Ökonomie geht es nun immer um das Verhältnis von Aufwand und Ertrag, von Kosten und Nutzen. Methodisch läuft dies, etwas holzschnittartig formuliert, immer auf ein Je-desto hinaus: Je höher der Aufwand bzw. die Kosten, desto höher sollte der Ertrag bzw. der Nutzen sein; und je geringer der Nutzen, desto weniger will man dafür bezahlen.

Vor diesem Hintergrund kann man nun auch für die Kautelarjurisprudenz Je-desto-Formeln[123] aufstellen. Die beiden wichtigsten sind wohl diese:

> Je höher die Sicherheit, desto höher die Transaktionskosten; je niedriger die Sicherheit, desto niedriger[124] die Transaktionskosten.[125]
>
> Je besser das Vertrauensverhältnis unter den Kontrahenten, desto geringer das Interesse an einer detaillierten vertraglichen Regelung.[126]
>
> Es reicht dann ein Darlehensvertrag auf dem Bierdeckel (s.o. Rn. 17 f.).

c) Fairness-Kriterien: Konfliktvermeidung und Umgang mit Unsicherheiten

66 Mit dem Begriff Vertrauen ist ein weiteres Kriterium angesprochen, es ist für langfristige rechtliche Beziehungen wohl das Wichtigste: Fairness. Fairness bedeutet, grob gesagt, dass man sich an die Regeln hält, sie nur ausnahmsweise und in Maßen bricht (also keine groben Fouls) und auch nicht bis ins letzte ausreizt.

Für die Kautelarjurisprudenz folgt daraus u.a. ein Postulat der Konfliktvermeidung und der ex-ante-Konfliktbewältigung: Ihm dienen neben den schon erwähnten Sicherungsmitteln etwa die Vereinbarung von Vertragsstrafen oder – im *big business* von größter Bedeutung – die gemeinsame Unterwerfung unter ein Schiedsgericht.

> Auskunft einer Wirtschaftsanwältin: Die großen Sachen lassen wir nicht vor Gericht kommen.

67 Speziell beim Umgang mit Unsicherheiten gibt es, wenn die Unsicherheit beiden Seiten bekannt ist – z.B. dass ein Grundstück möglicherweise von Altlasten betroffen ist – nur zwei Möglichkeiten: Entweder wird das Risiko bei der Preisbildung eingerechnet, oder es wird ein Rücktrittsrecht vereinbart (Einpreisung oder Lösungsrecht). Etwas Drittes gibt es nicht, und beides ist gleich fair. Die Grenze der Fairness ist überschritten, wenn eine Partei das Risiko verschweigt. Dies mag rechtlich u.U. gerade noch durchgehen – fair ist es nicht.

> Vertragsjuristen sollten sich zur Vermeidung eigener Haftung bestätigen lassen, dass sie eine andere Gestaltung empfohlen haben.[127]

---

123 Dazu insbesondere *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 3. Aufl. (Fn. 10), Rn. 43, 92–95; *Langenfeld*, Einführung (Fn. 10), Rn. 67–70.

124 Plakativ gesagt: Man holt sich den Vertrag aus dem Internet.

125 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 304.

126 In Anlehnung an *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 305.

127 *Moes*, Vertragsgestaltung (Fn. 11), Rn. 351.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Primat des beiderseitigen Vorteils

Noch ein wenig mehr als Fairness ist schließlich eine weitere Maxime, die ihren Platz im Rahmen der sogenannten Harvard-Verhandlungsmethode hat: Das (oder auch: der) Primat des beiderseitigen Vorteils. Gute Verträge sollen beiden Seiten zum Vorteil gereichen („*win-win*-Situation"), und Juristen sollten, wenn sie eine solche Regelung (er-)finden, dies auch offensiv herausstellen. 68

Beispiel: Der Verkäufer eines Hauses wohnt noch zwei Monate beim Käufer zur Miete, wenn der Käufer so lange auf die Eigennutzung verzichten kann und dem Verkäufer damit gedient ist.[128]

V. Recht als Instrument: Schlussbemerkungen

Das Stichwort „Fairness" mag schließlich überleiten zu drei Schlussbemerkungen. Sie betreffen das Recht als solches, seinen Anspruch auf Richtigkeit und Folgerungen für die Juristenausbildung. 69

1. „Wir produzieren Vertrauen"

Die Kautelarjurisprudenz zeigt exemplarisch – und zugleich deutlicher als die „Dezisionsjurisprudenz" –: Recht ist nicht (nur) ein Zweck an sich selbst, sondern auch ein Mittel zum Zweck, ein Instrument. Insofern ist es nun eine ganz wesentliche Leistung der Kautelarjurisprudenz: mit Hilfe von Recht Vertrauen schaffen. Ohne Recht gibt es keine Rechtssicherheit, ohne Rechtssicherheit keine Absicherung von Risiken, ohne Absicherung von Risiken kein Vertrauen. In Anlehnung an einen alten Werbeslogan für die Bundeswehr[129] kann man daher sagen: „Wir produzieren Vertrauen." 70

Auf der anderen Seite zeigt die Kautelarjurisprudenz aber auch – das ist ein gewisses Paradox –: Ein Zuviel an Recht erzeugt kein Vertrauen, im Gegenteil. Das Misstrauen gegen Juristen[130] ist daher häufig groß (schon bei Knigge kann man das nachlesen[131]), dies wird sich wohl auch nicht ändern. Zudem muss man zugeben: Recht ist immer nur die zweitbeste Lösung, besser sind Liebe und mitmenschliche Solidarität – oder auch, aus Sicht des Stärkeren, Gewalt. Deshalb spricht dann doch einiges für das Recht – wenn es gut gemacht ist.

128 *Kamanabrou/Wietfeld*, Vertragsgestaltung (Fn. 12), § 2 Rn. 36.

129 Er lautete: „Wir produzieren Sicherheit."

130 … und insbesondere die Vorurteile gegen Rechtsanwälte, siehe *Hingst*, Anwaltliche Erkenntnis (Fn. 27), S. 28–31.

131 *Adolph Freiherr Knigge*, Über den Umgang mit Menschen (4. Aufl., Hannover 1792), Dritter Teil, Sechstes Kapitel, Abschnitt 2, zitiert nach der 5. Aufl., Leipzig 1989, S. 273–277 (274): „Einen bessern Rat weiß ich nicht zu geben wie den: man hüte sich, mit seinem Vermögen oder seiner Person in die Hände der Justiz zu fallen!"

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Rechtliche Richtigkeit?

71 Damit zur Frage, ob es auch im Bereich der Kautelarjurisprudenz das gibt, was die NJML rechtliche Richtigkeit nennt. Da lautet ja ein naheliegender Einwand: Wo es viele Möglichkeiten der Gestaltung gibt, welche davon ist dann die „richtige"? Die NJML kann darauf relativ gelassen antworten: In der Kautelarjurisprudenz schulden wir dem Mandanten, **erstens**, nur *juristische* Richtigkeit (§ 33 Rn. 11–12, 15). Die Lösungen, die wir vorschlagen, müssen rechtlich „vertretbar" sein, und immer dann sind sie juristisch richtig.

> „Vertretbar" ist, wie schon gesagt, alles, was sich mit Hilfe der juristischen Methode ohne Scham begründen lässt.

Demgegenüber ist *rechtliche* Richtigkeit das Ideal, das die juristische Methode (es gibt nur eine) insgesamt konstituiert (§ 30). Würden wir nicht voraus-setzen, dass es rechtliche Richtigkeit „gibt", hätte es keinen Sinn, über die „richtige" Auslegung eines Gesetzes oder Vertrags zu streiten – es wäre *fake*, wäre ein reines Machtspiel. Das kann man so sehen, ich würde das dann aber als böse Ironie bezeichnen (§ 30 Rn. 13–15). Gute Ironie sagt hingegen: Wir wissen zwar nicht, was am Ende ganz objektiv „rechtlich richtig" ist – aber wir kämpfen dafür.[132]

72 Eben deshalb schulden wir dem Mandanten aber auch, **zweitens**, eine Prognose zu den *Erfolgsaussichten* dessen, was wir „juristisch richtig" vertreten können. Insofern gibt es eine ganze Fülle von Abstufungen, von „keine (oder starke) rechtlichen Bedenken" über „die besseren Argumente" bis zu „kaum vorhersehbar, wie das Gericht entscheiden wird".[133]

3. Die Juristenausbildung breiter aufstellen!

73 Eine letzte Bemerkung betrifft die Juristenausbildung. Sie ist derzeit so konzipiert, dass im Studium und auch im Referendariat weite Teile der Gesamtrechtsordnung ausgespart werden – Teile, die praktisch höchst relevant sind, insbesondere das Sozialrecht, das Steuerrecht, das Wirtschaftsrecht. Auf der anderen Seite wird zu immer weniger Stoff immer mehr an Detailwissen verlangt. Gerade die Kautelarjurisprudenz zeigt, dass dies ein Irrweg ist:

> Man muss in der Praxis nicht die siebte und achte Meinung zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme kennen (oder zum Anwartschaftsrecht, zur Anfechtung von Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt).

Stattdessen wäre es nötig, den Studenten einen fundierten Grundüberblick über die gesamte Rechtsordnung zu vermitteln (in früheren Zeiten gab es ein Fach namens „Juristische Enzyklopädie"[134]). Vielleicht könnte eine solche Breitbandbildung sogar dazu

132 Zu Ironie und Pathos § 30 II.

133 *Hingst*, Anwaltliche Erkenntnis (Fn. 27), S. 40 f.

134 *Adolf Merkel*, Juristische Enzyklopädie, 7. Aufl., Berlin etc. 1922, beginnend allerdings ziemlich abstrakt mit: „Allgemeine Rechtslehre" (S. 17–173).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

führen, dass angebliche Nischen (in Wahrheit sind es Dschungel) wie das Sozialrecht und das Steuerrecht kritischer beäugt werden.[135]

Das ist ja die eigentliche Aufgabe von Wissenschaft: Sinn von Unsinn zu trennen.

135 Anders gewendet: Was im Zentrum des Wissenschaftssystems, also an den Universitäten, nicht etabliert ist, kann auch nicht Gegenstand fundierter wissenschaftlicher Kritik werden. Folglich können die Experten der „Praxis" ihr Spezialgebiet ganz unbeaufsichtigt immer weiter ausdifferenzieren. Man stelle sich einmal vor, in der Medizin würden praktisch bedeutende Alltagsdisziplinen wie Anästhesie oder Radiologie an den Universitäten gar nicht oder nur wahlweise gelehrt! – Zu den Universitäten als Zentrum des Wissenschaftssystems: *Joachim Lege*, Die Herzkammer der Wissenschaft. Das Wissenschaftssystem braucht ein Zentrum, das bahnbrechende Erfindungen mit dem wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens vermittelt. Das können nur die Universitäten sein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. September 2019 (Nr. 205), S. N4.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 37b Forensische Tätigkeit (Litigation)

1 Ein Caveat vorweg: Unter „Rechtsberatung" versteht die NJML nicht nur die Tätigkeit von Rechtsanwälten und vielleicht noch Notaren, sondern auch die Rechtsberatung durch Juristen in Unternehmen der „Wirtschaft", in Vereinen und Verbänden, in der öffentlichen Verwaltung einschließlich der Ministerialbürokratie.

> Die öffentliche Verwaltung, also grob gesagt: die „Behörden"[1], gehören nicht etwa, wie manche meinen, zum Funktionssystem „Recht" (da sind die Gerichte das Zentrum), sondern zum Funktionssystem „Politik" (da ist der Staat – mit seinen Behörden – das Zentrum).[2]

Auf der anderen Seite ist das, was jetzt folgt, geradezu ein Spezifikum des „Anwaltsberufs": die Vertretung von Mandanten vor Gericht – man sagt auch: die forensische Tätigkeit (von lateinisch *forum*: eigentlich Markt, aber auch Gericht) oder neuerdings in Anlehnung an den englischen Sprachgebrauch: Litigation (von lateinisch *lis*, Genitiv *litis*: der Rechtsstreit). Gewiss: Parteien müssen sich vor Gericht nicht immer „überhaupt" vertreten lassen und auch nicht immer von Rechtsanwälten.[3] Im Zivilprozess besteht allerdings in Deutschland vor den Landgerichten und den höheren[4] Instanzen (Oberlandesgericht, Bundesgerichtshof) Anwaltszwang (§ 78 ZPO – Zivilprozessordnung).

> Zivilprozess: wenn ein Privater gegen einen Privaten klagt, z.B. der Vermieter gegen den Mieter, der Unfallgeschädigte gegen den Schädiger.

I. Zivilprozess

2 Über die Tätigkeit der Rechtsanwälte im Zivilprozess müssen wir wenig sagen, denn wir haben die Methode des *Richters* im Zivilprozess schon ausführlich dargestellt (§ 22): Sie unterteilt sich in Prozessstation (Zulässigkeitsstation), Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung), Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung), Beweisstation, Tenorierungsstation.

---

1 Kleine Falle im Jurastudium: § 1 Abs. 4 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz) definiert zwar, was eine Behörde „im Sinn dieses Gesetzes" ist: „Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt." Dadurch weiß man aber noch lange nicht, was eine Behörde wirklich ist und dass man sogar zwei „Arten" unterscheiden muss. Behörde im *organisatorischen* Sinn ist dasjenige Organ eines Verwaltungsträgers, das dessen Kompetenzen *mit Außenwirkung* (also gegenüber den „Bürgern") wahrnimmt: in Städten und Gemeinden der Bürgermeister, in Landkreisen der Landrat, in Universitäten der Rektor. Behörde im *funktionalen* Sinn werden durch ihre Aufgaben definiert, z.B. als Natur- oder Denkmalschutzbehörde, als Straßen- oder Straßenverkehrsbehörde. Der z.B. Bürgermeister setzt sich also immer wieder einen neuen Hut auf und handelt dann „als" Straßenverkehrsbehörde, „als" Denkmalbehörde und so weiter.

2 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 321; *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2000 (posthum), S. 244 (dort zudem: Zentrum der Wirtschaft sind die Banken, S. 250); siehe auch *Joachim Lege*, „Markt oder Staat?" Über eine schiefe, ideologische Alternative, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2015, S. 339-350 (344 f.).

3 Siehe etwa § 138 Strafprozessordnung (StPO), § 78 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO).

4 Niedrigere Instanz sind die Amtsgerichte.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aufgabe der Anwälte auf beiden Seiten ist nun vor allem: dem Gericht für die Klägerstation bzw. für die Beklagtenstation die *Tatsachen* vorzutragen, die den Anspruch des Klägers begründen bzw. scheitern lassen …

Beispiel: „Der Beklagte hat abrupt gebremst." „Hat er nicht."

… und dafür zur Not „Beweis anzutreten", z.B. durch die Benennung von Zeugen (zu den sogenannten Beweismitteln und zur Verwertung der Beweise schon oben § 24a III und IV). *Rechtsausführungen* (im Gegensatz zu Tatsachen) muss der Anwalt hingegen – das frappiert immer wieder sehr – „eigentlich" gar nicht vortragen: *iura novit curia* – das Recht wird das Gericht schon kennen. Es empfiehlt sich trotzdem, wenigstens die Anspruchsgrundlage (z.B. Kaufvertrag) zu benennen, sogenannte Einreden müssen sogar ausdrücklich erhoben werden, z.B. die Einrede der Verjährung (vgl. § 214 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch). Das Gericht berücksichtigt sie nicht „von Amts wegen".

Damit ist zugleich der wichtigste Grundsatz des Zivilprozesses angesprochen: der sogenannte **Beibringungsgrundsatz**. „Im Prinzip" muss der gesamte Prozessstoff, was die Tatsachen angeht, dem Gericht von den Parteien präsentiert werden – einschließlich der nötigen Beweise (und dem Risiko, sie nicht erbringen zu können und deshalb nach Beweislast verurteilt zu werden, s.o. § 22 Rn. 12–14). Wir haben allerdings gesehen, dass dieser Grundsatz durch die richterliche Hinweispflicht (§ 139 ZPO[5]) stark relativiert wird (§ 22 Rn. 4, 20). 3

Wie auch immer: Im Grundsatz gilt im Zivilprozess nach wie vor der Beibringungsgrundsatz. Im Strafprozess und im Verwaltungsprozess herrscht hingegen das Amtsermittlungsprinzip: Das Gericht hat den Sachverhalt selbst, also „von Amts wegen", aufzuklären.

II. Ein Kapitel für sich: Strafverteidigung

Man wird sagen dürfen: Unter den Rechtsanwälten sind die Strafverteidiger eine Spezies für sich – wie unter den Justizjuristen die Staatsanwälte und unter den Medizinern die Chirurgen. Sie entsprechen am ehesten dem Bild des Anwalts, der beherzt für seinen Mandanten kämpft, mit Scharfsinn, Mut und gelegentlich List – manchmal an der Grenze des Erlaubten. Strafverteidiger sind auch am nächsten dran an Milieus, mit denen „zivile" Juristen weniger zu tun haben: mit professioneller Kriminalität. Allerdings darf man sich insoweit keinem *bias* hingeben: Jeder kann in die Mühlen der Strafjustiz geraten, vor allem im Steuerstrafrecht – man denke an Uli Hoeneß (geb. 1952). 4

5 Wortlaut: „(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (…) (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. (…)"

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Der methodische Kernbereich: die StPO (Strafprozessordnung)

5 Was die **Methode** der Strafverteidigung angeht, so orientiert sie sich im Kern am Aufbau[6] der Strafprozessordnung (StPO), das ist das Gesetz, das die gerichtlichen Verfahren in Strafsachen regelt (so wie die ZPO – Zivilprozessordnung – die Verfahren in Zivilsachen). Die einzelnen Arbeitsabschnitte sind insoweit: das Ermittlungsverfahren (hier spricht man vom „Beschuldigten"[7]), das Zwischenverfahren (nach Zugang der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft beim „Angeschuldigten"[8]), das Hauptverfahren vor Gericht (mit dessen Eröffnung wird der Beschuldigte oder Angeschuldigte zum „Angeklagten"[9]), gefolgt unter Umständen von Rechtsmittelverfahren (Berufung und Revision).

Nebenbei: Die StPO ist uralt, sie stammt noch aus dem Kaiserreich (1877). Entsprechend reichhaltig ist die Literatur.[10]

6 In diesen Verfahrensabschnitten gibt es für die Praxis je spezielle Empfehlungen. Im **Ermittlungsverfahren** wird dem Beschuldigten aus Anwaltssicht z.B. empfohlen, besser zu schweigen[11] – nicht zuletzt, weil der Strafrichter, wenn er eine Anklage einmal zugelassen hat, zwangsläufig in Richtung Verurteilung voreingenommen ist.[12] Hauptziel des Anwalts im Ermittlungsverfahren muss daher sein, eine Hauptverhandlung zu vermeiden.[13]

Zu den *biases* der Wahrnehmung siehe schon § 35 III-V.

Dass bei Vernehmungen durch die Polizei besondere Vorsicht geboten ist und man Vernehmungsprotokolle niemals unterschreiben oder gar handschriftlich korrigieren

---

6 Die Bezeichnung „Aufbau" ist für das Erste Buch der StPO ein wenig zu viel der Ehre, denn dort findet sich unter dem Titel „Allgemeine Vorschiften" eher ein Sammelsurium als eine Struktur. Den Anfang bilden Vorschriften über die Zuständigkeit und Arbeitsweise des Gerichts, sodann Vorschriften über die Beweisaufnahme (Zeugen, Sachverständige und Augenschein, siehe schon oben § 24a Rn. 15–25). Das geht dann unvermittelt über in fünf Abschnitte zum Ermittlungsverfahren aus Sicht der Strafverfolger: Ermittlungsmaßnahmen, Verhaftung und vorläufige Festnahme, weitere Maßnahmen zur Sicherung der Strafverfolgung und Strafvollstreckung, vorläufiges Berufsverbot (neu). Ganz zum Schluss kommen dann zwei Abschnitte zur Vernehmung des Beschuldigten aus dessen Sicht (fünf schlanke Paragraphen) und zur Verteidigung.

Zur Belehrung des Beschuldigten darüber, „welche Tat ihm zu Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen", über sein Recht zu schweigen und auf einen Verteidiger siehe §§ 136, 163a Abs. 3 Satz 2 StPO (Vernehmung durch Richter oder Staatsanwalt) und § 163a Abs. 4 Satz 1 StPO (Vernehmung durch die Polizei; dort muss „das Juristische" noch nicht mitgeteilt werden).

7 Z.B. § 136 StPO.

8 § 201 StPO; die Mitteilung erfolgt durch das Gericht.

9 Zur Terminologie zusammenfassend § 157 StPO.

10 Kommentare: *Wolfgang Joecks/Christian Jäger*, Strafprozessordnung, 5. Aufl., München 2022; *Henning Radtke/Olaf Hohmann*, Strafprozessordnung, 2. Aufl., München 2024; *Ewald Löwe/Werner Rosenberg* (Begründer), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 27. Aufl., Berlin 2016 etc. (geplant sind 12 Bände).

11 *Olaf Klemke/Hansjörg Elbs*, Einführung in die Praxis der Strafverteidigung, 4. Aufl., Heidelberg 2019, Rn. 471–477, auch 358 f., 338, 674 und öfter.

12 § 203 StPO: „Das Gericht beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint." Darin liegt, psychologisch gesehen, eine Vorverurteilung (*Klemke/Elbs*, Einführung [Fn. 11], Rn. 674).

13 *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 435 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sollte, haben wir schon erwähnt.[14] Ein beliebter Trick ist auch, einen Tatverdächtigen zunächst als Zeugen zu laden und erst allmählich damit herauszurücken, dass er selbst im Visier der Kriminalpolizei steht.[15]

Im **Zwischenverfahren** sollte man sich sehr zurückhalten und das Gericht insbesondere nicht mit Einwänden gegen die Subsumtion des Sachverhaltes unter das Strafgesetz nerven, wenn dies für das Strafmaß keine Rolle spielt.[16] 7

Im **Hauptverfahren** liegt der Schwerpunkt auf der Beweisaufnahme. Sie wird kommunikationspraktisch vom sogenannten Untersuchungsgrundsatz beherrscht, das heißt: Das Gericht selbst hat den Sachverhalt umfassend aufzuklären: 8

> **§ 244 Abs. 2 StPO** Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

> Im Gegensatz dazu gilt im Zivilprozess, wie wir gesehen haben (unter I), der Beibringungsgrundsatz, insbesondere müssen die Parteien selbst „Beweis antreten".

Allerdings kann die Verteidigung weitere Beweisanträge stellen, denen das Gericht stattgeben, die es aber auch ablehnen kann (§ 244 Abs. 2 bis 6 StPO). Das Ganze ist eine Wissenschaft für sich, und Klassiker ist noch heute ein von Max Alsberg begründetes Handbuch.[17]

> Max Alsberg (1877–1933) war ein „Staranwalt" in der Zeit der Weimarer Republik – er verteidigte vor allem auch in „politischen" Prozessen. Wegen seiner jüdischen Herkunft musste er den Beruf aufgeben. Er konnte in die Schweiz emigrieren, erschoss sich dort aber nach kurzer Zeit.[18]

Neu ist die Möglichkeit, dass der Angeklagte mit Gericht und Staatsanwalt einen „Deal" trifft – das Gesetz nennt es beschönigend eine „Verständigung" des Gerichts (!) mit den Verfahrensbeteiligten. Das ist überaus problematisch,[19] vom Bundesverfassungsgericht aber im Grundsatz gebilligt worden.[20] 9

Auch die Verteidigung in den Rechtsmittelinstanzen ist eine Wissenschaft für sich, insbesondere die Lehre von den Revisionsgründen, insbesondere von den sogenannten 10

14 § 24b Rn. 19 mit Hinweis auf *Ulrich Sommer*, Signatur-Renitenz. Von der richterlichen Faszination polizeilicher Vernehmungsprotokolle und wie Verteidigung sie trüben kann, in: StraFo [Strafverteidiger-Forum] 2018, 451–458.

15 *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 318; *Ulrich Sommer*, Effektive Strafverteidigung. Recht – Psychologie – Überzeugungsarbeit der Verteidigung, 5. Aufl., Heymanns 2023, Kapitel 3 Rn. 60–62.

16 *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 648.

17 *Max Alsberg* (Begründer), Der Beweisantrag im Strafprozess, bearbeitet von Jens Dallmeyer, Georg-Friedrich Güntge, Michael Tsambikakis, 8. Aufl., Hürth 2022.

18 *Alexander Ignor*, Neues über Max Alsberg, in: Leon Kruse/Yves Georg/Sabine Rückert (Hrsg.), Verteidigung. Festschrift für Johann Schwenn, Baden-Baden 2024, S. 173–194.

19 Scharfe Kritik bei *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 851–875 (852): „ein Gift, das den Strafprozess systematisch zersetzt". – Zumindest ungeschickt am Ende die Empfehlung, der Verteidiger solle sich auf eine Verständigung nur einlassen, wenn er von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist.

20 BVerfGE 133, 168 (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite) – Verständigungsgesetz (2013).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfahrensrügen (Juristen lieben „Formalkram"). Sie wird auch in der Nichtpraktiker-Literatur ausgiebig betrieben.[21]

In der Revisionsinstanz schlägt, wenn der Fall es verlangt, die große Stunde der materiell-rechtlichen Strafrechtsdogmatik, indem sich das Revisionsgericht mit der „Auslegung und Anwendung"[22] der Straftatbestände auseinandersetzt. Die Tür dazu öffnet sich aus Verteidigersicht sehr leicht in Gestalt der sogenannten Sachrüge („Ich rüge die Verletzung sachlichen Rechts").[23]

2. Die Peripherie: Biases

11 Um diesen Kernbereich herum gibt es bei der Strafverteidigung einige Besonderheiten zu beachten.[24] So muss man etwa zwischen Wahlverteidigung und Pflichtverteidigung unterscheiden und sich als Anwalt vor dem Verdacht der Strafvereitelung (§ 258 StGB) oder gar der Geldwäsche hüten. Gelegentlich wird man sich sogar fragen, ob man die Verteidigung mit seinem Gewissen vereinbaren kann, andernfalls man das Mandat niederlegen muss. Natürlich spielt auch dies bei der Aufbereitung des Falls in seinen vielen Sinnzusammenhängen (§§ 24 bis 25) eine Rolle.

Methodisch muss man im Strafprozess in besonderem Maß bedenken, wie stark menschliches Denken und Handeln von Emotionen und *Biases* (§ 35 IV und V) beeinflusst, wenn nicht beherrscht wird. Umso mehr ist auch im Strafprozess zu betonen: Die juristische Methode dient letztlich der Begrenzung von Willkür, der „Minimalisierung von Urteilsheuristiken".[25] Die Rechtsunterworfenen müssen gerade im Strafrecht nicht nur nachvollziehen, sondern *vor*vollziehen können, wie das Gericht vermutlich entscheiden wird (*what the courts will do in fact*).

3. Der Strafprozess: Nur noch etwas für „Praktiker"?

12 Die Entwicklung des deutschen Strafprozessrechts scheint in den letzten Jahren immer stärker in Richtung „Wahrnehmung aus Sicht der Kriminalpolizei" gegangen zu sein – nicht zuletzt durch eine hektische Gesetzgebung. Auf der anderen Seite hat die organisierte Kriminalität neue Dimensionen erreicht, und es sind durch die Digitalisierung

21 Zum Beispiel *Urs Kindhäuser/Kay H. Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. Baden-Baden 2023, § 31 Rn. 13–54; knapper *Werner Beulke/Sabine Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 851–855.

22 Klassische Formel, insbesondere, wenn höhere Instanzen die „Auslegung und Anwendung" des Rechts durch niedrigere Instanzen überprüfen. Aber eigentlich lassen sich „Auslegung und Anwendung" gar nicht voneinander trennen: Jede Auslegung eines Wortes („Gewalt ist auch das Bereiten eines Hindernisses mit psychischer Zwangswirkung") führt zur Anwendung des dadurch bestimmten Begriffs, jede Anwendung des Begriffs – eine Sitzblockade ist Gewalt – ist zugleich Auslegung des Wortes „Gewalt". Daher: „Auslegung und Anwendung" ist eine Art *Hendiadyoín*, also die Bezeichnung eines einheitlichen Begriffs durch zwei Wörter (wie Art und Weise, Treu und Glauben, Krethi und Plethi, Hinz und Kunz).

23 *Klemke/Elbs*, Einführung (Fn. 11), Rn. 1343–1348 (1347).

24 Sehr praxisbezogen: *Jana Ferber/Wolfgang Staudinger*, Handbuch Sachbearbeitung Strafrecht, Hürth 2023, z.B. mit einem Extra-Kapitel „Der Mandant ist unter 21 Jahre alt".

25 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung (Fn. 15), Kapitel 2 Rn. 200–201.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

völlig neue Möglichkeiten strafwürdigen Verhaltens entstanden – vom Hass in den sog. sozialen Netzwerken bis zur Wirtschaftskriminalität.

Gerade deshalb sollte man sich wohl verstärkt der Grundlagen des Strafprozesses versichern, etwa in Form von „**13 Essentials**", die dazu dienen, die „Verfahrensbalance" zu bewahren (Beispiel: alle Vernehmungen sollten von Anfang an per Video aufgezeichnet werden).[26] Es ist wenig ermutigend, dass das Bundesjustizministerium kürzlich in eine Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der Hauptverhandlung 23 Mitglieder aus dem Bereich der Justiz und 4 Rechtsanwälte berufen hat, aber keinen einzigen Vertreter der akademischen Rechtswissenschaft, wie sie an Universitäten gelehrt wird.[27] Nicht dass ich glaube, es gäbe „Wissenschaft" nur an den Universitäten. Aber die Universitäten sind nun einmal das Zentrum der Wissenschaft, und dies vor allem deshalb, weil sie in Gestalt der Studenten den aktuellen Stand der Wissenschaft mit der Gesamtgesellschaft „verkoppeln".[28] 13

Und dabei hoffentlich die Hauptaufgabe der Wissenschaft erfüllen: Sinn von Unsinn zu unterscheiden.

III. Verwaltungsprozess

Für Verfahren vor den Verwaltungsgerichten lässt sich methodisch wenig hinzufügen. Auch hier gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, nichtsdestoweniger besteht die Hauptarbeit der Anwälte auch hier oft darin, den Streitstoff im Tatsächlichen aufzubereiten. 14

Ich denke an „Großverfahren" bei „Großprojekten" wie einer ICE-Trasse, bei „Stuttgart 21", bei der Elbvertiefung und so weiter. Da füllen die Akten für die Anfechtung des sogenannten Planfeststellungsbeschlusses[29] schon mal ein ganzes Büro für sich allein.

---

26 Siehe den kritischen Epilog von *Claus Roxin/Bernd Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., München 2022, § 71.

27 Der Abschlussbericht ist abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/2021_Abschlussbericht_Hauptverhandlung_Anlagenband.pdf?__blob=publicationFile&v=3 <31.07.2024>.

28 Ein Begriff aus der Luhmannschen Systemtheorie: Strukturelle Kopplungen sind Sinneinheiten, die notwendig für zwei (oder noch mehr?) Systeme zugleich eine Bedeutung haben, zum Beispiel Eigentum und Vertrag für die Systeme „Recht" und „Wirtschaft", die Verfassung des Staates für die Systeme „Recht" und „Politik" (*Luhmann*, Recht der Gesellschaft [Fn. 2], Kapitel 10). – Siehe auch *Joachim Lege*, Die Herzkammer der Wissenschaft. Das Wissenschaftssystem braucht ein Zentrum, das bahnbrechende Erfindungen mit dem wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens vermittelt. Das können nur die Universitäten sein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. September 2019 (Nr. 205), S. N4.

29 In den sogenannten Fachgesetzen einzeln geregelt: §§ 18 bis 18g AEG (Allgemeines Eisenbahngesetz), §§ 17 bis 17k FStrG (Bundesfernstraßengesetz), §§ 14 bis 14f WaStrG (Bundeswasserstraßengesetz); hinzu kommen im sozusagen allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz die §§ 74 und 75 VwVfG. – Die §§ 74,75 VwVfG waren der schlanke Urzustand des Planfeststellungsrechts. Und ich glaube nicht, dass die vielen Ergänzungen in den Fachgesetzen dazu geführt haben, die Dinge zu vereinfachen oder zu beschleunigen, im Gegenteil: Je mehr Regeln, desto mehr Vollzugsaufwand, desto mehr Bürokratie. – Blamabel: Weil die Verwaltung dies alles nicht mehr selbst stemmen kann, wird sie ermächtigt, fremde „Projektmanager" einzuschalten (§ 17h FStrG, § 14f WaStrG und, ganz verschämt, § 17a AEG). Natürlich kosten die dann extra.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Seltsam: Auch dass es Planfeststellungsbeschlüsse gibt und welche Rechtswirkungen sie haben (Konzentrationswirkung! enteignungsrechtliche Vorwirkung!), müssen Studenten heute nicht mehr wissen[30] (siehe auch § 37a Rn. 73).

15 Im Übrigen gelten auch im Verwaltungsprozess „materiell" die Regeln der Beweislast, kurz gesagt: Wer etwas will, muss die Umstände beweisen, aus denen es folgt. Weil das Gericht aber von Amts wegen ermittelt, wird den Rechtsanwälten insoweit Verantwortung abgenommen. (Ob ihnen das immer recht ist, ist eine zweite Frage.)

IV. Verfassungsgerichtliche Verfahren

16 Zur Rechtsberatung bei Verfahren vor den Verfassungsgerichten werden neben den Rechtsanwälten sehr häufig auch Professoren der Rechtswissenschaft hinzugezogen. In diesen Verfahren geht es denn auch meist mehr um Rechtsfragen – also die Klärung von Begriffen im Sinnzusammenhang „Recht" – als um die Zusammenstellung von Tatsachen.

Ausnahme etwa: das NPD-Verbotsverfahren. Da erfährt man wirklich alles über deren Aktivitäten in Jamel, Anklam und Lübtheen.[31]

Bei Verfassungsbeschwerden, mit denen sich Bürger gegen die Verletzung ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte wenden (Art. 90 Abs. 1 Nr. 4a GG – Grundgesetz), gibt es aus Sicht der Rechtsberatung **zwei große Nebelbänke**, und es ist schwer vorherzusagen, ob man sie im jeweiligen Verfahren heil durchqueren wird oder zurückgewiesen wird.

17 Der erste Nebel ist die Unterscheidung von „**spezifischem Verfassungsrecht**" und „einfachem Recht": Das Bundesverfassungsrecht ist nur befugt (!), die „Auslegung und Anwendung" von *Verfassungs*recht zu überprüfen, also z.B.: ob bei einer Planfeststellung der Grundsatz rechtlichen Gehörs (Art. 19 Abs. 4 GG) oder das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) verletzt wurden. Es ist nicht befugt zu prüfen, ob „einfaches Recht" verletzt wurde, ob z.B. die geplante Autobahnstrecke wirklich geeignet ist, „einem weiträumigen Verkehr [zu] dienen" (§ 1 Abs. 1 FStrG – Bundesfernstraßengesetz). Dies zu prüfen ist Sache der, wie man sie nennt, Fachgerichte. Das Problem ist nur: Art. 2 Abs. 1 GG[32] wird seit jeher so *ausgelegt*, dass er die „allgemeine Handlungsfreiheit" schützt („jeder kann tun und lassen, was er will"). Dies bedeutet dann in der *Anwendung* eigentlich: Jeder rechtswidrige Akt der öffentlichen Gewalt, der an einen Bürger adressiert ist, verletzt zugleich dessen Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG. Das will man aber auch nicht, und deshalb ist bis heute unklar (Nebel …), was „spezifisches Verfassungsrecht" eigentlich ist.[33]

18 Die zweite Nebelbank ist noch schwerer zu durchschauen: die Erfordernisse der **Substantiierung** und der **Subsidiarität** der Verfassungsbeschwerde. Ausgangspunkt ist

30 Z.B. § 11 Abs. 2 Nr. 3 c JAPO M-V (Justizausbildungs- und Prüfungsordnung Mecklenburg-Vorpommern); ebenso in weiteren Ländern.

31 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren (2017), Rn. 936–949 und auch schon zuvor.

32 Wortlaut: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt."

33 Zum Einstieg: *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 39. Aufl., Heidelberg 2023, Rn. 1509–1526.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

insofern die Vorschrift des § 90 Abs. 2 BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), die anordnet, dass „die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden kann" (m.a.W.: erst wenn zuvor die Fachgerichte ihren Senf dazu gegeben haben). Das BVerfG hat insofern eine ganze Reihe an Verfeinerungen vorgenommen, die man in der Rechtsberatung tunlichst[34] zu beachten hat. Es darf einem Anwalt, salopp gesagt, nicht erst nach dem Scheitern seiner Klage in der letzten Fachinstanz einfallen, dass – hoppla – auch noch ein Grundrecht verletzt sein könnte. Die Einzelheiten dieser Rechtsprechung sind allerdings so komplex geworden,[35] dass man nur bedingt voraussehen kann, *what the court will do in fact*.[36]

34 Zu diesem Begriff *Alexander Hollerbach*, Tunlichst!, in: Juristenzeitung (JZ) 2020, S. 950–951.

35 Siehe die Kommentierung von *André Niesler*, in: BeckOK (online-Kommentar) BVerfGG, Stand 01.06.2024, § 90 Abs. 2 Rn. 44–65.1, 105–141, 203–205; kritisch die Richterin des Bundesverfassungsgerichts *Gertrude Lübbe-Wolff*, Substantiierung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, in: Europäische Grundrechtezeitschrift (EuGRZ) 2004, S. 669–682 (676): Das BVerfG stellt an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde inzwischen Anforderungen, denen „nicht selten … auch Spitzenanwälte und Rechtsprofessoren nicht mehr gewachsen sind".

36 Siehe § 37 Fn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 37c Die Logik und die Ästhetik der Rechtsberatung

1 Wir können kurz resümieren: Rechtsberatung ist letztlich *Vorhersagekunst*.[1] Gerade deshalb ist sie noch viel weniger eine Sache von Bauchgefühl, von „Judiz" und nicht hintergehbarer „Wertung", als es die Entscheidungen von „Dezisionsjuristen" sind – wenn man denn genau hinschaut (und das tut die NJML). Die Rechtsberatung muss eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten „durchrechnen" (im „System 2", § 35 II) – sowohl rechtlich mit Hilfe der juristischen „Logik, Logik, Logik" (Deduktion, Induktion und Abduktion, zusammengeschlossen in Vollständigen Juristischen Syllogismen – VJS) als auch in den betroffenen nicht-rechtlichen Sinnzusammenhängen nach deren jeweiliger Logik. Die Rechtsberatung muss zudem antizipieren, welche Schlussfolgerungen die „andere Seite" ziehen könnte – sei dies nun der Vertragspartner, der Gegner im Prozess oder das Gericht. All dies ist ein durch und durch rationales Vorgehen – auch wenn es beim Mandanten am Ende um ganz Irrationales gehen kann („ich will ihm ordentlich eins auswischen").

2 Was man als Rechtsberater dann am Ende rät und wie man es durchsetzen kann, ist, auch wenn es platt klingen mag, letztlich eine Frage der Ästhetik – Ästhetik im doppelten Sinn als Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aísthēsis*) und als Lehre von der „Schönheit" oder allgemeiner: von der Gelungenheit. Eine gelungene rechtliche Lösung hat alles Relevante wahrgenommen – und, das ist nicht minder wichtig, das Nicht-Relevante ausgeschieden („es ist völlig egal, ob Sie ihm eins auswischen wollen"). Die gelungene Lösung – ein Vertrag, ein Gutachten, eine Klagschrift – muss sodann aber auch von denjenigen, auf deren Akzeptanz es ankommt (Vertragspartner, Politiker, Gericht), als richtig oder passend oder eben „gelungen" wahrgenommen werden. Rechtsberatung ist also *nicht nur* Vorhersagekunst, es ist auch Gestaltungs- und Darstellungskunst.

Und dass es Verkaufstricks gibt, auch unseriöse – je nu.

1 *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 25–42 (27, Hervorhebung dort): „Ein Rechtsanwalt ist ein *Vorhersagekünstler* (…)."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 38 Gesetzgebungslehre (Legistik)

Das Wichtigste zuerst: „Ziel" der Gesetzgebung sind **Regeln** – gute Regeln. Ziel ist also nicht – jedenfalls nicht unmittelbar –, bestimmte politische Ziele zu erreichen. Regeln sollen dazu führen, dass diejenigen, die sie zu befolgen haben, *ihre* Ziele auf eine Art und Weise verfolgen, die zumindest vorhersehbar ist, idealerweise zudem fair („respektvoll") und im Ergebnis tragbar für alle Beteiligten („gerecht"). Das sind, wie man leicht sieht, keine geringen Anforderungen an diejenigen, die sich Regeln ausdenken müssen. 1

Ich denke gerade an eine der wichtigsten Regeln für die Entstehung dessen, was wir die westliche Welt nennen: die sogenannte Benediktinerregel.[1] Sie regelt seit ca. 540 das Leben in den Klöstern und hat dafür gesorgt, dass jungen Männern und Frauen immer wieder die Chance geboten wurde, in einem geschützten Raum (*safe space*) gewaltfrei ihren Lebensunterhalt zu verdienen – sie gewissermaßen „von der Straße zu holen". Der Preis dafür war und ist allerdings große Disziplin – an die vielen täglichen Gebete muss man sich erst einmal gewöhnen. Und das Ziel? Gott und Christus dienen (das gilt für alle) und dadurch relativ sicher in den Himmel statt in die Hölle kommen (für die Einzelnen).

Nebenfolge jener strengen Disziplin – Kurzformel: *ora et labora* („bete und arbeite", in der Regel selbst so nicht formuliert) – war übrigens häufig: Die Klöster waren wirtschaftlich überaus erfolgreich (man denke an Benediktiner Bräu) und kamen dadurch in Konflikt mit dem Armutsgelübde der Mönche. – Nebenbei: Die deutschen Benediktiner sind, neben den Dominikanern, auch Übersetzer der Werke des Thomas von Aquin (ca. 1225–1274); zu dessen Lehre vom Gesetz schon § 31 Rn. 66.

Zurück zu den Regeln: Es ist bemerkenswert, dass schon Aristoteles (384–322 v. Chr.) als erste Form der **Gerechtigkeit** die „gesetzliche Gerechtigkeit" nennt (lateinisch *iustitia legalis*, griechisch *tó díkaion nómimon*).[2] Denn ganz abstrakt gesehen gilt: Gerechtigkeit ist Gleichheit (*tó íson*). Gleichheit verwirklicht man im Handeln aber *konkret* am besten, wenn man ein „Gesetz" aufstellt und sodann befolgt („anwendet"). Und mit „Gesetz" ist gemeint: eine *Regel*, die für jeden *Fall* in gleicher Weise gilt und dadurch das gleiche *Ergebnis* liefert. Man sieht, dahinter steht schon damals der klassische juristische Syllogismus (dazu § 3 Rn. 6, vertieft in § 8 und §§ 13 bis 29). Logik, Logik, Logik. 2

Man kann diese Form der Gerechtigkeit daher gut **Regelgerechtigkeit** nennen.

Daher nochmals: „Ziel" von Regeln sind nicht konkrete Ziele wie ein bestimmtes Bruttosozialprodukt oder bestimmte „Klimawerte" (die erreicht man mit Plänen[3]).

---

1 Auch „Benediktsregel"; gleichsam offizielle deutsche Ausgabe: *Die Benediktsregel*, lateinisch-deutsch, mit der Übersetzung der Salzburger Äbtekonferenz hrsg. von Ulrich Faust, Stuttgart 2009.

2 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (ca. 335–323 v. Chr.), Buch V, 1129a am Ende; dazu schon § 11 Rn. 35–39. – Die Werke des Aristoteles werden einheitlich nach der sog. Bekker-Ausgabe zitiert, darauf verweisen auch, mehr oder weniger genau, die meisten Übersetzungen, sei es in Marginalien (Randtext), sei es in Kopfzeilen. 1129a bedeutet daher: Seite 1129 Abschnitt a.

3 … die man natürlich auch in der Form eines Gesetzes („Gesetz im formellen Sinn") beschließen kann. Beispiel: das Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSWAG). – Beim Klimaschutz beschließt die Bundesregierung die Pläne, siehe § 9 Klimaschutzgesetz (KSG), dazu *Sabine Schlacke*, Bundes-Klima-

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ziel von Regeln ist lediglich ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen – sei es das Zusammenleben im Kloster, im Fußball oder auch, um ein aktuelleres Beispiel zu wählen, von Cis- und Trans-Menschen (mehr dazu Rn. 12 und 19).

3 Umso merkwürdiger ist daher, dass es in der (akademischen) Rechtswissenschaft traditionell und bis heute kaum Ansätze zu einer „Regelsetzungslehre" gibt.[4] Wenn Juristen Regeln erfinden (§ 17), dann geschieht dies – wie es scheint – meist ganz spontan und dort, wo es Gesetze gerade nicht gibt (oder sie uns nicht genügen, Stichwort „Lücke"). Die groß angelegte autoritative Regelsetzung wird hingegen einer „Praxis" überlassen, die ihre eigenen Regeln hat.

Heute scheint der Einfluss der Juristen bei der Gesetzgebung mehr und mehr zu schwinden – zudem werden sie nur noch als Bedenkenträger und Verhinderer wahrgenommen. Wahrscheinlich liegt das an einer falschen Vorstellung von Gesetzgebung – auf Seiten der Politik und der Gesellschaft überhaupt.

Dabei wurden gerade die großen und bleibenden Gesetzeswerke von Juristen verfasst: Corpus Iuris Civilis, Code Civil, österreichisches ABGB, deutsches BGB. Offenbar nicht zum Schaden.

Geradezu ein Skandal ist es, wenn Bedenken aus der juristischen Praxis schlicht ignoriert werden, so bei der ursprünglichen Fassung des § 184b StGB – Strafgesetzbuch – Verbreitung kinderpornographischer Inhalte. Hier hatten sich Anwaltschaft, Richterschaft und der Deutsche Juristinnenbund ganz klar gegen die viel zu undifferenzierte Regelung und insbesondere gegen die generelle Erhöhung der Mindeststrafe auf ein Jahr ausgesprochen (diese verhindert, dass in minder schweren Fällen das Verfahren – auch etwa aus Gründen des Opferschutzes! – eingestellt werden kann).[5] Dem Gesetzgeber war dies, wohl aus Populismus, völlig egal – mittlerweile hat er immerhin die Mindeststrafen auf sechs und drei Monate herabgesetzt.[6]

I. Zum Stand der Lehre

4 Zur Gesetzgebungslehre gibt es in der Rechtswissenschaft der Bundesrepublik Deutschland kein Standardwerk – so wie es für die herkömmliche Juristische Metho-

schutzgesetz: Klimaschutzziele und -pläne als Herausforderung des Verwaltungsrechts, in: Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (EurUP) 2020, 338–345.

4 Zu Zeiten von Philipp Heck (1858–1943) galten Überlegungen *de lege ferenda* (das heißt: über künftige Gesetzgebung) sogar als unwissenschaftlich, siehe *Heinrich Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebens-aufgabe, Tübingen 2001, S. 24 f.

5 *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme Nr. 23/2020, insb. S. 6–8; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 9/2020, insb. S. 8 f.; Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme vom 04.12.2020, insb. S. 6 f.

6 Gesetz vom 24.06.2024, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I Nr. 213.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

denlehre früher „der Larenz“[7] war oder wie es heute das Dreigestirn aus Franz Reimer[8], Thomas M. J. Möllers[9] und Hans-Joachim Strauch[10] ist.

> Deren erstes ist ein klassisches Lehrbuch, weil es eine eigene „Lehre“ (Doktrin) entfaltet, das zweite ein Handbuch (im Sinn von Waffenarsenal), das dritte eine Erkenntnistheorie (aus der Feder eines ehemaligen Richters, also Praktikers).

Etwas anders ist es in Österreich. Dort wird das Fach „Gesetzgebungslehre“ auch juristisch gepflegt, es heißt dann „Legistik“ (von lateinisch *lex* = das Gesetz). Auch dort gibt es aber, soweit ersichtlich, keinen „Klassiker“ der akademischen Rechtswissenschaft.[11] Vielmehr wird das Fach, wie soll man sagen, halbamtlich gelehrt: mit Hilfe von Leitfäden des Bundeskanzleramtes[12] und auch einiger Landesregierungen.[13]

„Legistik“ wird dort auch mit „Rechtsförmlichkeit“ übersetzt.

In der Schweiz gibt es, herausgegeben von der Bundeskanzlei, „Gesetzestechnische Richtlinien GTR“ für den Bund,[14] außerdem Entsprechendes in den Kantonen. Akademischer Leuchtturm ist das Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR, mit einem „s“) an der Universität Zürich. Von dort stammt auch ein seit langem eingeführtes Lehrbuch von Georg Müller (geb. 1942), gemeinsam mit ihm fortgeführt von Felix Uhlmann (geb. 1969) und David Hofstetter (geb. 1981): „Elemente einer Rechts*s*etzungslehre“ (mit zwei „s“).[15] Es ist in Deutschland wenig verbreitet.

1. Das epochale Werk: Peter Noll, Gesetzgebungslehre (1973)

Man kommt daher in Deutschland, aber auch im gesamten deutschsprachigen Raum, letztlich an einem Klassiker nicht vorbei. Gemeint ist die „Gesetzgebungslehre“ von Peter Noll (1926–1982), erschienen 1973 im Rowohlt Taschenbuch Verlag und dort in der Reihe „rororo Studium“, Abteilung Rechtswissenschaften.[16] Es war dies eine Zeit, in der man sehr ernsthaft über eine neue Ausrichtung der Rechtswissenschaft 5

7 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960, 6. Aufl. 1991.

8 *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.

9 *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. München 2019; 5. Aufl. München 2023.

10 *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage Baden-Baden 2022.

11 Angekündigt war für 2022 ein „Handbuch Legistik“ von *Stephan Breidenbach* (geb. 1955, übrigens ein Deutscher). Es soll jetzt offenbar unter dem Titel „Was Gesetze sein könnten. Mit Methode zum guten Gesetz“ erscheinen (München 2025, 150 Seiten).

12 *Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst*, Österreichisches Handbuch „Bessere Rechtsetzung“, Wien 2008 (95 Seiten).

13 Z.B. Niederösterreich (2015): Legistische Richtlinien (2015, 131 Seiten).

14 Stand 2024, mit Index 421 Seiten.

15 *Georg Müller/Felix Uhlmann/David Hofstetter*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich 2024 (1. Aufl. 1999, 2. Aufl. 2006; seit der 3. Aufl. 2013 mit Uhlmann, seit der vierten mit Hofstetter). – Die Methodenkapitel finden sich in §§ 8 bis 11; interessant S. 142–153 zu Art. 164 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung: „Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen.“ Aus deutscher Sicht möchte man hinzufügen: aber auch *nur* die wichtigen.

16 *Peter Noll*, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973; *Peter Noll*, Gesetzgebungslehre. Neu herausgegeben nach der Fassung letzter Hand von Dominik Kawa und Johannes Liebrecht, Baden-Baden 2023; zitiert wird nach der Ausgabe 1973.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nachdachte (einschließlich einer reformierten Juristenausbildung[17]): Die Jurisprudenz solle zugleich mehr praxis- und mehr grundlagenorientiert sein, weniger fokussiert auf einerseits akademische Höhenflüge, andererseits eine sture „Rechtsanwendung", wie sie von den Vorfahren auch in der Nazizeit praktiziert worden war. Kurz: Die 1968er-Bewegung hatte die Rechtswissenschaft erreicht.

Vor diesem Hintergrund ist auch Nolls epochales[18] Werk zugleich grundlagen- und praxisorientiert: Es will interdisziplinär anschlussfähig sein, zugleich aber auch juristisch-praktisch das Verfahren und die Inhalte der Gesetzgebung verbessern. Kurz, es reiht sich einerseits eher demütig-bescheiden in die Reihe der anderen Sozialwissenschaften ein, dies aber, andererseits, mit einem gehörigen juristischen Selbstbewusstsein: Wir als Juristen haben zu dieser gesellschaftlich nicht ganz unwichtigen Materie „Gesetzgebung" durchaus Sinn-volles[19] beizutragen.

Anders gewendet: Noll will als Jurist, wie es damals mit Recht verlangt wurde, „sozialwissenschaftlich informiert" sein. Er beklagt aber auch, dass die anderen Sozialwissenschaften sich nicht wirklich für die Praxis des Rechts interessieren, sondern in großer Selbstgenügsamkeit „Theorien über Theorien über Theorien" liefern.[20]

Nebenbei: Vielleicht lag Nolls Courage auch daran, dass er im doppelten Sinn ein Außenseiter war. Er war nicht Staatsrechtler, sondern Strafrechtler, zudem nicht Deutscher, sondern Schweizer.

6 In der Sache unterscheidet Noll, nach einigem Vorgeplänkel, in der Gesetzgebungslehre zwei große Bereiche: die „Methode der Gesetzgebung" und die „Technik der Gesetzgebung". Beides wird man am besten so abgrenzen können: Die „**Methode**" der Gesetzgebung ist die Methode der inhaltlichen Auseinandersetzung mit allen sozialen Sinnzusammenhängen, die rechtlich geregelt (ge-*regel*-t!) werden sollen. Kurz: Wo ist das Problem, und wie könnte man es lösen? Die „**Technik**" der Gesetzgebung betrifft die juristisch-handwerkliche Umsetzung: von der Frage nach dem richtigen Adressaten (idealerweise: wer als Rechtsunterworfener häufig mit der Regel zu tun hat) über die Systematik (was sind die Vorteile von Kodifikationen?) bis zur Frage der richtigen Abstraktionshöhe (Generalisierung oder Kasuistik?).

Wir werden in ähnlicher Weise unterscheiden: Arbeitsschritte (II), Schemata (III), Maßarbeit (IV).

---

17 Zur „einphasigen" Juristenausbildung aus damaliger Zeit: *Alfred Rinken*, Der neue Jurist. Materialien zur reformierten Juristenausbildung in Bremen, Darmstadt etc. 1973.

18 Eine Epoche ist, wörtlich übersetzt, ein Innehalten (altgriechisch *epí* = an, bei, *échein* = haben, halten).

19 Zum Begriff Sinnzusammenhang siehe § 5 I Rn. 40–59, zum Fall als Schnittstelle von Sinnzusammenhängen § 24.

20 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 38–43 (41). – In die gleiche Richtung übrigens *Alexander Hollerbach*, Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Spalte 758: „Man wird freilich in anderer Stoßrichtung fordern dürfen, dass die benachbarten Sozialwissenschaften sich ihrerseits als rechtswissenschaftlich informiert erweisen." (Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 95.)

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die weitere Entwicklung

Im Anschluss an Nolls Werk kam es zu einer kurzen Blütezeit der Gesetzgebungslehre. Von Hermann Hill (geb. 1951) erschien 1982 eine kurze „Einführung“[21], von Hans Schneider im selben Jahr ein großes Lehrbuch[22]. Waldemar Schreckenberger (1929–2017), Klaus König (geb. 1934) und Wolfgang Zeh (geb. 1942) gaben 1986 einen Sammelband heraus.[23] „Vorstudien“ und „Studien“ zu einer Theorie der Gesetzgebung waren schon zuvor im Umkreis von Jürgen Rödig (1942–1975) verfasst und herausgegeben worden (1975 und 1976).[24] Nach dessen frühem Tod gab Harald Kindermann (geb. 1949) im Jahr 1986 einen weiteren Sammelband heraus.[25] 7

Hill, König, Schreckenberger und Zeh sind bzw. waren Professoren an der Hochschule – nicht Fachhochschule![26] – für Verwaltungswissenschaften Speyer (heute: Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer), also einer politisch sehr bewussten Ausbildungsstätte. Schreckenberger war zudem seit Schulzeiten ein enger Freund Helmut Kohls (1930–2017) (siehe schon § 32 Rn. 10). Zeh war von 2002 bis 2006 Direktor beim Deutschen Bundestag (also Chef der Bundestagsverwaltung), die Schriftstellerin Juli Zeh (geb. 1974) ist seine Tochter.

Im Übrigen erschienen einige Dissertationen, hervorzuheben dabei die Untersuchung von Burkard Krems (geb. 1943).[27] Im Jahr 1988 folgte die Habilitationsschrift von Helmuth Schulze-Fielitz (geb. 1947).[28] Seit 1987 gibt es eine Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung, sie gibt eine „Zeitschrift für Gesetzgebung“ heraus.[29] Allerdings ist Ende der 1980er Jahre das Interesse am Thema stark abgeflacht – vielleicht, weil man seit 1989/1990 mit der deutschen Einigung genug Neues zu tun hatte (und weniger Anlass zur Selbstkritik?).

---

21 *Hermann Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982 (133 Seiten plus zwei Anhänge).

22 *Hans Schneider*, Gesetzgebung, Heidelberg 1982 (422 Seiten); schön § 13 zu Stil und Sprache der Gesetze.

23 *Waldemar Schreckenberger/Klaus König/Wolfgang Zeh* (Hrsg.), Gesetzgebungslehre. Grundlagen, Zugänge, Anwendung, Stuttgart etc. 1986; besonders aufschlussreich darin *Erk Volkmar Heyen*, Historische und philosophische Grundfragen der Gesetzgebungslehre, S. 11–20.

24 *Jürgen Roedig/Eberhard Baden/Harald Kindermann*, Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Gießen 1975; *Jürgen Rödig* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin 1976 (763 Seiten!).

25 *Harald Kindermann* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin 1986 (362 Seiten).

26 Vorbild war angeblich die ENA (École nationale d’administration) in Paris, das ist die Ausbildungsstätte für die französische Verwaltungselite.

27 *Burkhard Krems*, Grundfragen der Gesetzgebungslehre. Erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben, insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts, Berlin 1979.

28 *Helmuth Schulze Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983) –, Berlin 1988.

29 Zu einer Art Zwischenbilanz siehe *Ulrich Karpen* (Hrsg.), Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland. Zehn Jahre „Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung“. Zehn Jahre „Zeitschrift für Gesetzgebung“, Heidelberg 1998. Der Band dokumentierte die Tagungen und einige weitere Veranstaltungen des Vereins; besonders schön: die Tagung zum 200-jährigen Jubiläum des preußischen Allgemeinen Landrechts im Jahr 1994 (S. 247–275).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wohl auch deshalb ein wenig untergegangen: Axel Burghart, „Die Pflicht zum guten Gesetz“ (1995).[30]

Ein erneutes Interesse an der Gesetzgebungslehre besteht offenbar seit Beginn der 2000er Jahre, es ist allerdings eher historisch und grundlagenorientiert.[31] Zu nennen ist als erstes die Habilitationsschrift von Bernd Mertens (geb. 1967) – eine auch rechtsvergleichende Studie, die neben Deutschland die Schweiz, England und Indien in den Blick nimmt.[32] Die Dissertation von Sigrid Emmenegger (geb. 1976) erschließt eine hochkarätige, aber weitgehend vergessene Diskussion aus der Zeit um die Wende zum 20. Jahrhundert,[33] die Dissertation von Vanessa Heinz misst die Gesetzgebung an der Philosophie von John Rawls.[34] Auch die Habilitationsschrift von Armin Steinbach (geb. 1978) ist stark grundlagenorientiert, sie fragt insbesondere nach politischer und ökonomischer Rationalität, bevor sie ganz konkret das NABEG von 2011 (Netzausbaubeschleunigungsgesetz) mit Hilfe dieser Maßstäbe überprüft.[35]

Ein besonderes Monument ist schließlich der über tausendseitige Sammelband mit dem schlichten Titel „Gesetzgebung“ aus dem Jahr 2014.[36]

3. Resümee und Überleitung

8 Insgesamt darf man wiederholen: Es gibt in Deutschland kein juristisches Standardwerk zur Gesetzgebungslehre. Dies gilt insbesondere auch für das Lehrbuch von Hans Schneider. Es hat zwar zwei weitere Auflagen erlebt,[37] ist aber ganz einfach zu unübersichtlich. So bleibt denn das Schweizer Standardwerk von Georg Müller[38] ein Geheimtipp.

---

30 Erscheinungsort: Berlin (auch dies eine Dissertation). Letzter Satz: „Demokratie erlaubt die Herrschaft der Dummen, verlangt sie aber nicht“ (S. 205).

31 Siehe aber auch etwa *Jörg Ennuschat*, Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2004, 986–994.

32 *Bernd Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, Tübingen 2004.

33 *Sigrid Emmenegger*, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenlehre in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, Tübingen 2006. Aus methodologischer Sicht besonders interessant die §§ 5 und 6: Entgegensetzung von induktiven und deduktiven Methoden „zur Bestimmung des richtigen Regelungsziels“.

34 *Vanessa Heinz*, Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, Baden-Baden 2009.

35 *Armin Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, Tübingen 2017.

36 *Winfried Kluth/Günter Krings*, Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg etc. 2014. Auf Ästhetik verweist dort *Otto Depenheuer* (S. 148–150, 157 f.); zur Gesetzgebung „zwischen Objektivität und Befangenheit“ *Heinrich Lang* (S. 123–135).

37 *Hans Schneider*, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1991; 3. Aufl. 2002.

38 Siehe Fn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Siehe zu Geschichte und Stand der Gesetzgebungslehre vertiefend die Darstellung von Klaus Meßerschmidt (1953–2024).[39] Meßerschmidt hatte sich mit einer dogmatischen Arbeit zur Gesetzgebung habilitiert.[40]

Für die NJML ist diese Lücke nicht nur bedauerlich. Vielmehr eröffnet sie einen gewissen Freiraum für Vorschläge, wie die juristische Methode – es gibt nur eine – sich im Rahmen der Gesetzgebung, dabei vor allem: der staatlichen Gesetzgebung, ein wenig breiter machen könnte. Insofern können wir anknüpfen an die Arbeitsschritte der Antiken Gerichtsrhetorik (§ 2, dazu unter II), an die juristischen „Schemata" (§ 23, dazu unter III) und an die Kriterien rechtlicher Gelungenheit bei der juristischen Maßarbeit (§§ 33 und 34, dazu unter IV). 9

Diese Vorschläge sollen natürlich nicht nur für das deutsche Recht gelten, sondern für Gesetzgebung überhaupt. Es gibt auch international nur *eine* juristische Methode, und sie besteht aus Logik, Logik, Logik – plus Interpretation.

II. Die Arbeitsschritte

Die Antike Gerichtsrhetorik, wir erinnern uns, hat dem Redner fünf Arbeitsschritte empfohlen: (1) *inventio*, das ist die Stoffsammlung; (2) *dispositio* – Erstellen einer Gliederung; (3) *elocutio* – Ausformulieren; (4) *memoratio* – Auswendiglernen; (5) *pronuntiatio* – der Vortrag, die Aufführung, der Ernstfall. Dies lässt sich nicht unmittelbar auf die Gesetzgebung übertragen, wohl aber kann man auch hier ein Fünf-Schritte-Programm entwerfen. (Fünf Schritte sind offenbar immer ein gutes *framing*.[41]) 10

Die Schritte lauten:

(1) Materialsammlung (*inventio*)
(2) Entwurf von „Alternativen" (Lösungsvarianten, Optionen) (*dispositio*)
(3) Verhandlung und Beratung („Basarstation")
(4) Endgültiger Entwurf (*elocutio*)
(5) Entscheidung und Verfahrensabschluss

Sie gehen natürlich häufig ineinander über. (Entsprechendes gilt, wie wir gesehen haben, bei der Vertragsgestaltung, § 37a).

1. Materialsammlung (inventio)

Der erste Schritt, die Materialsammlung, entspricht der *inventio* in der Antiken Rhetorik. Allerdings ist bei der Gesetzgebung noch zuvor ein allererster Schritt besonders wichtig: die Klärung, wer das Verfahren „**federführend**" betreibt. 11

39 *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik. Entwicklungstendenzen der Legisprudenz, Teil 1 und Teil 2, in: Zeitschrift für das Juristischen Studium (ZjS) 2008, 111–122, 224–232. – Die ZjS ist eine Online-Zeitschrift mit *open access*: www.zjs-online.com.

40 *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000.

41 Man denke an den Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) mit seine fünf Gliedern (§ 8).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bei der Gesetzgebung des Bundes sind dies in der Regel die Ministerien, die der Sache am nächsten stehen.[42]

Wenn dies geklärt ist, besteht die Besonderheit der Gesetzgebung darin, dass die Materien, die zu berücksichtigen sind, im Prinzip an Zahl unendlich sind. Wie man das Feld begrenzt, dafür gibt es kaum eine allgemeine Formel. Rein äußerlich wird man idealtypisch[43] vier „Stationen" unterscheiden können: Problemstation, Sachverhaltsstation, Interessen- und Risikostation, Gewichtungsstation.

a) Problemstation: Wo liegt der Konflikt?

12 Die erste „Station"[44] besteht darin, das Problem möglichst klar zu definieren – und „klar" meint hier wie auch sonst (§ 5 Rn. 14–21): Welche praktischen Konsequenzen sind zu bedenken? Wollen wir wirklich gesetzgeberisch handeln? Sollten wir es, müssen wir es? Und vor allem: Wo liegen die **Konflikte** (Streitpunkte), die wir mit Hilfe von **Regeln** entscheiden wollen?

Heute „denkt" der Gesetzgeber offenbar anders: Die erste Frage ist die nach den **Zielen** des Gesetzes. Das ist ein gewisser **Bias** (§ 35 III bis V), denn dies gewährt bestimmten Interessen von vornherein den Vorrang. Es ist ein Unterschied, ob man formuliert:

> „**Ziel** dieses Gesetzgebungsvorhabens ist es, die Regelungen zur Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen [im Personenstandsregister und Personalausweis] bei Auseinanderfallen des Geschlechtseintrags und der Geschlechtsidentität zu vereinheitlichen, zu entbürokratisieren und eine selbstbestimmte Änderung zur Wahrung und zum Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Geschlechtsidentität zu regeln."[45]

Oder ob man formuliert:

> Der **Konflikt**, den dieses Gesetz regeln soll, besteht zwischen dem Interesse von trans-, intergeschlechtlichen und nicht-binären Menschen auf Achtung und respektvolle Behandlung in Bezug auf die Geschlechtsidentität[46] und entgegenstehenden Interessen von Cis-Menschen in verschiedenen Lebensbereichen (Toiletten, Sauna, Sport, Strafvollzug etc.). Hauptregelungsgegenstand ist dabei das Personenstandsrecht.

Dies würde beide Seiten in gleicher Weise respektieren. Zudem würde es das Problem präziser fassen und damit weniger anfällig für pauschal-weltanschauliche „Wertungen" und Vorurteile machen (bist du für oder gegen queere Menschen?).

b) Sachverhaltsstation (Tatsachen- und Rechtsfragen)

13 In einer zweiten „Station" muss sodann jede Menge fremder Sachverstand eingeholt werden – sei es durch eigene Recherche, sei es durch Anhörungen in Ausschüssen,

---

42 Wenn es zwei sind, darf man vermuten, dass es politisch heikel war, siehe Fn. 65.

43 Zum Begriff des Idealtypus: *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, § 1 I 6, auch 3 und 11.

44 Zu den Stationen im Zivilprozess siehe § 22.

45 So der Referentenentwurf vom 08.05.2023 (https://www.bmfsfj.de/resource/blob/224548/4d24ff0698216058eb758ada5c84bd90/entwurf-selbstbestimmungsgesetz-data.pdf) und des Gesetzentwurf der Bundesregierung

46 Die Formulierung „auf Achtung und respektvolle Behandlung in Bezug auf die Geschlechtsidentität" stammt aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 des schließlich Gesetz gewordenen Entwurfs.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sei es durch das Einholen von Gutachten. Dies kann Sachfragen und Rechtsfragen betreffen – das ist banal.

> Weniger banal ist, dass man trotz der Vielfalt an Sinnzusammenhängen (§ 5 Rn. 40–59) eine gemeinsame Sprache finden muss; oder anders gewendet: dass man wirklich *versteht*, was die anderen meinen, vielleicht sogar im Schilde führen. Im Grunde sind Juristen für diese Übersetzungsleistung am besten qualifiziert.[47]

Der spezifisch juristische Sachverstand sollte daher gerade nicht darin bestehen, den übrigen Beteiligten klarzumachen, was rechtlich *nicht* möglich ist (Juristen als notorische „Verhinderer"). **Juristen** sind vielmehr – wie Peter Noll eher beiläufig gesagt hat – **Sachverständige für streitige Rechtsfragen**.[48] Als solche können sie zum einen besser als andere prognostizieren, welche gesetzliche Regel welche rechtliche Streitfrage aufwerfen wird – und welche Argumente man auf beiden Seiten hätte. Allerdings können sie ebendeshalb, zum anderen, auch besser als andere **Regeln** entwerfen, gar erfinden, mit denen Streitfragen geklärt werden oder bei denen Streitfragen gar nicht erst auftauchen. Vor allem sind sie es aber gewohnt, unparteiisch herauszuarbeiten, welche **Interessen** hinter einer geplanten Regelung stehen – und welche Interessen dem entgegenstehen (*audiatur et altera pars*). Das erleichtert die „Bewertung" ganz ungemein (siehe auch unten Rn. 46–47).

Zur juristischen Kreativität schon § 17 („Regeln erfinden").

c) Interessen- und Risikostation (Gesetzesfolgenabschätzung)

Ohnehin empfiehlt es sich, in einem dritten Schritt nach der deskriptiven Analyse der „Fakten" (einschließlich der geltenden Rechtsregeln) die Interessen der beteiligten Kreise herauszuarbeiten, in Anlehnung an eine der juristischen Kernfragen: 14

> Wer – will was – von wem – mit welcher Regel?

Nehmen wir ein heikles Beispiel: das neue Sexualstrafrecht in § 177 StGB. Darin wird, wie schon erwähnt, die Vergewaltigung nur noch als einer von mehreren „besonders schweren Fällen"[49] genannt (Absatz 6). Zudem wird sie so definiert, dass unter den Begriff nicht nur die Vergewaltigung im herkömmlichen Sinn fällt – also Beischlaf mit Hilfe von Gewalt –, sondern alles „Erniedrigende", „insbesondere" wenn es mit dem Eindringen in den Körper verbunden ist (Oralverkehr, Zungenkuss, Stealthing). Das ist alles sehr unklar, so dass man zunächst herausarbeiten sollte, um welche Interessen es geht. Man wird dann sagen dürfen:

---

47 Mit *Ronald Dworkin*, Law, Philosophy and Interpretation, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 80 (1994), S. 463–475: „I said earlier that philosophers have insufficiently studied the phenomenon of interpretation. (...) Indeed, I go so far as to suggest that lawyers are better equipped than members of those other disciplines [sc. art and literature] self-consciously to reflect on the nature and character of interpretation. But you will now be saying, 'How like an American professor of jurisprudence to claim that this subject is at the center of the universe!'" – Auch *F. Reimer*, Methodenlehre (Fn. 8), Rn. 697–699, betont die Übersetzungsleistung der juristischen Methode. – Zur Interpretation in diesem Buch § 10.

48 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 185.

49 Nebenbei: Fälle *wovon*? Es fehlt, wenn ich es richtig sehe, in § 177 StGB ein einheitlicher Oberbegriff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Alle Menschen – und vor allem Frauen als die physisch meist schwächeren[50] – haben ein überragendes Interesse daran, durch das Strafrecht vor sexuellem Missbrauch geschützt zu werden. Alle Menschen haben aber auch ein Interesse daran, nicht unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft darüber zu rätseln, wie sie ihre Sexualität ausleben dürfen – auch das ist ein Aspekt sexueller Selbstbestimmung.[51] Es besteht zudem die Gefahr, dass wieder einmal die „Kleinen" übermäßig bestraft werden und man an die „Großen" (Menschenhandel, schwere Gewalt) nicht herankommt.

Ein schlechtes Gesetz ist nun einmal kein gutes Mittel, um Konflikte zu lösen.

Wie man gute gesetzliche Tatbestände formuliert – und dass dies eine Sache der Logik ist („umgekehrte Subsumtion") –: dazu unten Rn. 40–42.

15 Eng verbunden mit der Interessenanalyse ist schließlich die Abschätzung der „Gesetzesfolgen" in positiver und negativer Hinsicht (vgl. § 26) – man kann dies die (Chancen- und) Risikostation nennen. Dabei sollte man vor allem auch prüfen, ob das Gesetz die Möglichkeit zum Missbrauch[52] bietet und ob man es leicht umgehen[53] kann.

d) Gewichtungsstation

16 Die letzte Station der Materialsammlung will ich Gewichtungsstation nennen. Hier geht es darum, die offengelegten und die verheimlichten Interessen zu bewerten – sowohl subjektiv mit Empathie für die Betroffenen („wie sehr hängen sie daran?") als auch objektiv im Hinblick auf die Sicht anderer („was wird das den Steuerzahler kosten? was bringt es für das Klima?").

Man beachte: Dies ist keineswegs die Station einer „Wertung" von der Art, dass sie sich der Logik und damit der Kritik entzöge (und gerade deshalb das letztlich Entscheidende wäre). Die NJML hält eine solche Vorstellung ohnehin für falsche juristische Metaphysik (siehe auch sogleich Rn. 46–48).

2. Erste Entwürfe (dispositio)

17 Der zweite große Arbeitsschritt entspricht der *dispositio* der Antiken Gerichtsrhetorik, nur dass hier statt eines einzigen ersten Entwurfs oft mehrere, miteinander konkurrierende Entwürfe zu erstellen sind. Man nennt dies im Deutschen gemeinhin „Alterna-

50 Man bedenke aber, dass auch die Vergewaltigung von Männern weit verbreitet ist, besonders in Gefängnissen. Die Dunkelziffer ist offenbar hoch.

51 Der 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs ist überschrieben mit „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung".

52 Aktuelles Beispiel für Missbrauch: die Scheinvaterschaft deutscher Männer für die Kinder ausländischer Mütter, um dem Kind die deutsche Staatsangehörigkeit zu verschaffen, der Mutter eine Bleiberecht und beiden den Anspruch auf Sozialleistungen; siehe dazu schon BVerfGE 135, 48 – „Behördenanfechtung" (2013) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite): Für-nichtig-Erklärung des damaligen § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB (methodisch nicht unbedenklich).

53 Ein aktuelles Beispiel ist der sog. Cum-ex-Skandal, knapp dazu beckonline-Link 2029710: „Bei Cum-Ex-Deals, die ihre Hochphase zwischen 2006 und 2011 hatten, ließen sich Investoren nie gezahlte Kapitalertragsteuern erstatten und prellten den Staat geschätzt um mindestens zehn Milliarden [!] Euro. Dabei nutzten sie eine Gesetzeslücke. Erst im Jahr 2012 wurde das Schlupfloch geschlossen. 2021 entschied der Bundesgerichtshof, dass Cum-Ex-Geschäfte als Steuerhinterziehung zu werten sind."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiven", ich will aus sprachlichen[54], aber auch psychologischen[55] Gründen lieber von Varianten oder Optionen sprechen.

Dabei darf man auch die „Null-Variante" nicht vergessen.

Die Entwurfsvarianten können von einer Stelle allein formuliert werden (etwa vom federführenden Ausschuss) oder von mehreren Beteiligten. Anders als bei Vertragsverhandlungen (dazu § 37a Rn. 13 mit Fn. 31) sind sie nicht nur für den internen Gebrauch gefertigt, sondern müssen für den nächsten Schritt „auf den Tisch".

Allerdings kann „man" (gemeint sind alle Beteiligten) insgeheim schon einen Kompromissvorschlag „in petto"[56] haben.

Suboptimal dürfte es sein, wenn alles von vornherein auf einen einzigen ersten Entwurf hinausläuft[57] – in den deutschen Ministerien scheint dies in Gestalt des Referentenentwurfs (vgl. § 45 Abs. 4 GGO[58]) der Fall zu sein. Denn Recht „zielt" auf die Kontrolle von Macht – das Privatrecht auf die Kontrolle von wirtschaftlicher Macht, das Öffentliche Recht auf die Kontrolle politischer Macht. Und Macht wird geringer, wenn die andere Seite eine „Alternative" hat.[59]

Es mag natürlich sein, dass „im Hause" (also im Ministerium) zuvor Varianten kursierten. Ohnehin spricht einiges dafür, dass schon dort die „Basarstation" stattfindet.

3. „Beratung" und Verhandlung der Varianten („Basarstation")

Der dritte große Arbeitsschritt ist die „Beratung"[60] oder besser Verhandlung des Entwurfs bzw. der Entwurfsvarianten. Dies kann schon sehr frühzeitig und halb-informatorisch geschehen, entscheidend sind aber die Verhandlungen auf der Regierungsebene, also unter Beteiligung der betroffenen Ministerien und des Kanzleramts. Was dort genau geschieht – auch: welche Lobby da am besten mitmischt und wie weit die Medien-Öffentlichkeit Einfluss hat –, ist für Außenstehende schwer zu beurteilen. Man hat dies daher aus Sicht der Staatsrechtslehre und in Anlehnung an die „Stationen" im Zivilprozess (§ 22) einmal als „Basarstation" bezeichnet.[61] Wir kommen darauf zurück. 18

Wie groß die Unterschiede zwischen Entwürfen sein können, zeigt die – atypische – Geschichte des Gesetzes über die geschlechtliche Selbstbestimmung (s. schon § 34 19

54 Lateinisch „alter" heißt: „der eine – der andere"; eine Alternative ist also immer die Auswahl aus nur zwei Möglichkeiten.

55 Im Wort „Alternative" kann so etwas wie „Plan B" mitschwingen, etwa in dieser Art: Eigentlich haben wir uns schon für Variante 1 entschieden, die Alternative B war nur eine Alternativüberlegung.

56 Italienisch *in petto* heißt wörtlich: in der Brust (vgl. auch lateinisch *pectus*, die Brust), gemeint: versteckt unter der Jacke. Auf Deutsch sagt man am besten: etwas „im Ärmel haben".

57 So *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 107 f. und öfter.

58 Gemeinsame Geschäftsordnung der Ministerien des Bundes.

59 Mir fällt erst jetzt auf, dass man dies auch ganz aktuell politisch verstehen kann: Die „Alternative für Deutschland" war eine Trotzreaktion gegen die Regierung Merkel.

60 So die Formulierung in der GOBT (Geschäftsordnung des Bundestages), siehe sogleich Rn. 22.

61 *Friedrich Gottlob Nagelmann*, Gesetzgebung zwischen deliberativer Demokratie und politischer Ökonomie, in: Zeitschrift für Gesetzgebungskunst (ZfGesK) 2001, 1–13. – Allgemein zu Nagelmann (1889–1959): *Dieter C. Umbach* (Hrsg.), Das wahre Verfassungsrecht. Zwischen Lust und Leistung. Gedächtnisschrift für F. G. Nagelmann, Baden-Baden 1984, S. 513–517.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rn. 44). Insoweit hatte in der Legislaturperiode des 19. Deutschen Bundestags[62] (2017–2021) die FDP-Fraktion[63] den Entwurf eines „Gesetzes zur Selbstbestimmung über die Geschlechtsidentität (Geschlechtsidentitätsgesetz – GiG)" in den Bundestag eingebracht. Er wurde abgelehnt, wohl weil er in den Rechtsfolgen sehr weit ging (§ 5):

> „Ab dem Zeitpunkt der Entgegennahme der Erklärung durch das Standesamt, dass die erklärende Person als einem anderen oder keinem Geschlecht im Sinne des § 22 Absatz 3 des Personenstandsgesetzes zugehörig anzusehen ist, (…) richten sich ihre vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist."

Allerdings wurde das Thema im 20. Deutschen Bundestag (2021–2025)[64] wieder aufgegriffen. Wohl auf Betreiben der FDP, nun an der Regierung beteiligt, wurde ein Entwurf erarbeitet,[65] der erstens auf den albernen Namen „GiG"[66] verzichtete und zweitens eine Reihe von Einschränkungen enthielt.[67] Dieser Entwurf ist dann als „Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG)" tatsächlich Gesetz geworden, sein § 6 lautet:

> § 6
>
> Wirkungen der Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen
>
> (1) Der jeweils aktuelle Geschlechtseintrag und die jeweils aktuellen Vornamen sind im Rechtsverkehr maßgeblich, soweit auf die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung oder die Vornamen Bezug genommen wird und durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.
>
> (2) Betreffend den Zugang zu Einrichtungen und Räumen sowie die Teilnahme an Veranstaltungen bleiben die Vertragsfreiheit und das Hausrecht des jeweiligen Eigentümers oder Besitzers sowie das Recht juristischer Personen, ihre Angelegenheiten durch Satzung zu regeln,[68] unberührt.
>
> (3) Die Bewertung sportlicher Leistungen kann unabhängig von dem aktuellen Geschlechtseintrag geregelt werden.
>
> (4) Auf den aktuellen Geschlechtseintrag kommt es bei allen gesundheitsbezogenen Maßnahmen oder Leistungen nicht an, sofern diese im Zusammenhang mit körperlichen, insbesondere organischen Gegebenheiten stehen.

62 Die realen Bundestage seit Beginn der Bundesrepublik werden schlicht durchgezählt. Der 19. Bundestag ist also der Bundestag der neunzehnten „Wahlperiode" (Art. 39 Abs. 1 Satz 2 GG).

63 Damals in der Opposition. Kanzlerin: Angela Merkel.

64 Kanzler: Olaf Scholz.

65 Federführend: das Bundesministerium der Justiz (FDP), aber auch das Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend (Bündnis 90/Die Grünen). Kritisch dazu *Boris Schinkels*, Zum Geschlechtsbegriff nach dem Referentenentwurf für ein Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG-E), in: Ad Legendum 2023, 181-189.

66 Ein „Gig" ist in Musikerkreisen die Bezeichnung für einen bezahlten Auftritt. Dem damaligen Geschäftsführer der FDP-Fraktion und späteren Justizminister (2021–2024) Marco Buschmann dürfte dies bekannt gewesen sein (er macht halbprofessionell Musik).

67 So etwa § 9 SBGG: Wenn der Verteidigungsfall eintritt, dürfen sich Männer nicht mehr rechtsverbindlich vor dem Standesamt umdefinieren. Man muss dies mindestens zwei Monate zuvor getan haben.

68 Konkret gemeint sind etwa städtische Schwimmbäder.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Referentenentwurf hatte übrigens im Wesentlichen schon genauso gelautet (es fehlte nur die Vertragsfreiheit, und Absatz 4 war schlanker). Offenbar hatte der Basar bereits bei der Materialsammlung stattgefunden.

4. Endgültiger Entwurf (dispositio)

Am Ende dieses Prozesses steht dann der Entwurf, so wie er in den förmlichen Gesetzgebungsprozess einzubringen ist. 20

Wenn der Entwurf von der Regierung in den Bundestag eingebracht wird, spricht man von einem „Regierungsentwurf". Gesetzentwürfe können aber auch vom Bundesrat oder „aus der Mitte des Bundestags" – praktisch meist: von einer Oppositionsfraktion – eingebracht werden (Art. 76 Abs. 1 GG). Auch dort wird es zuvor einen internen Basar gegeben haben.

Wie auch immer: Es ist dringend dazu zu raten, den letzten Entwurf von fachlich guten und trotzdem sprachbewussten Juristen durchredigieren zu lassen. Vielleicht sollte man dazu sogar einen unabhängigen „Juristischen Normenkontrollrat" errichten (auch als Gegengewicht zum sogenannten Nationalen Normenkontrollrat[69]).

Ehedem (seit 2009) gab es einen externen[70] „Redaktionsstab Rechtssprache", der ausschließlich aus Sprachwissenschaftlern bestand (sieben an der Zahl). Stattdessen gibt es nunmehr sechs neue Stellen im Referat D A 1 des BMJ (Bundesministerium der Justiz), davon sollen vier mit Linguisten und zwei mit Juristen besetzt werden.[71]

---

69 Der sogenannte Nationale Normenkontrollrat (NKR) besteht aus zehn ehrenamtlichen Mitgliedern, er residiert beim Bundesministerium der Justiz und wurde durch Gesetz vom 14.08.2006 eingerichtet. Seine Aufgabe: Die „Bundesregierung bei der Umsetzung ihrer Maßnahmen [!] auf den Gebieten des Bürokratieabbaus und der besseren Rechtsetzung zu unterstützen" (§ 1 Abs. 2). Vor allem soll er die Bürokratiekosten, die ein Gesetz verursachen wird, und den sonstigen „Erfüllungsaufwand" neuer Regeln zu ermitteln.

Der NKR hat ein rein instrumentalistisches Verständnis von Recht, siehe das Gutachten „Erst der Inhalt, dann die Paragrafen" (Oktober 2019), zu dem es auch ein Video gibt. Aufschlussreich dort unter ab Minute 2:35: Der Legist oder die Legistin solle nach der Informationsermittlung ein Eckpunktepapier verfassen, das noch keine juristischen Formulierungen enthält. „Deshalb können auch Betroffene ohne juristisches Vorwissen darauf reagieren", also die Normadressaten und die „Normvollzieher" (Behörden). Erst danach wird ein juristischer Gesetzentwurf fabriziert, sogar mit Hilfe von E-Gesetzgebung (was immer das sein mag). Wie soll aber dann am Ende ein Gesetz herauskommen, das „adressatenfreundlich" ist? Adressaten, denen man die juristische Fachsprache gerade vorenthalten hatte? Es hat etwas von Realsatire.

Nebenbei: Am nervigsten ist die Hintergrundmusik: https://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/DE/veroeffentlichungen/gutachten/_documents/2019-10-erst-der-inhalt-dann-die-paragraphen.html?nn=145318 <15.09.2024>

Natürlich enthält das Gutachten auch Richtiges, etwa, dass eilig durchgepeitschte Gesetze keine guten Gesetze sind. – Und jetzt falle ich doch noch vom Hocker: Das Gutachten ist erstellt von – Trommelwirbel –: McKinsey & Company! (McKinsey ist eine der weltweit größten Unternehmensberatungsfirmen.)

70 Zuletzt angesiedelt bei der Lex Lingua Gesellschaft für Rechts- und Fachsprache mbH.

71 Siehe die Schriftlichen Anfragen Nr. 58–60 und die Antworten des BMJ vom 1. und 4. August 2023 („Insourcing des Redaktionsstabs Rechtssprache"), BT-Drs. 20/7945 vom 04.08.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Entscheidung und Verabschiedung (pronuntiatio)

21 Der letzte Arbeitsschritt ist dann die Entscheidung für die Letztfassung und ihre Verkündung als Gesetz – dies entspricht der *pronuntiatio* der Antiken Rhetorik und auch der Tenorierungsstation in der Relationstechnik (§ 22 Rn. 15). Beide Schritte können im Prinzip relativ einfach verwirklicht werden: Ein absoluter Herrscher konnte das Allgemeine Landrecht kraft eigener Autorität durch Bekanntmachung in Kraft setzen. Oder auch: Ein Minister setzt eine Rechtsverordnung dadurch in Kraft, dass er sie im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht.

Rechtsverordnungen sind „Gesetze im materiellen Sinn", das heißt, es sind Regeln und als solche „abstrakt-generell" formuliert. Zur Erläuterung: Sie gelten für „abstrakt" beschriebene Fälle („Vorfahrt rechts vor links") und „generell" für alle Rechtsunterworfenen (außer für Polizei und Rettungsdienst, wenn sie mit Blaulicht unterwegs sind).

Die Straßenverkehrsordnung (StVO), eine Rechtsverordnung des Bundesministers für Verkehr, wurde sogar im Bundesgesetzblatt verkündet – wie alle Rechtsverordnungen des Bundes.[72]

Komplizierter geregelt ist das Verfahren bei „Gesetzen im formellen Sinn" – grob gesagt: Parlamentsgesetzen. Grob, weil in Deutschland zwei Organe an der Gesetzgebung beteiligt sind, von denen nur eines – der Bundestag – ein Parlament ist und das andere – der Bundesrat – gerade nicht. Wie auch immer: Gesetze im formellen Sinn werden von den zuständigen gesetzgebenden Organen im dafür vorgesehenen Verfahren beschlossen. In Deutschland ist das Verfahren in den Art. 76–78 Grundgesetz (GG) geregelt, ergänzt durch die Geschäftsordnungen von Bundestag und Bundesrat.

Hinzu kommt Art. 82 Abs. 1 GG: Ausfertigung[73] durch den Bundespräsidenten und Verkündung im Bundesgesetzblatt.

22 Von Interesse für die Methodik ist vor allem die Geschäftsordnung des Bundestages, sie regelt in §§ 78–85 GOBT die – so bezeichnete – „Beratung" der Gesetzentwürfe. Auf Details kommt es nicht an, als Stichwort mag genügen:

Grundsätzlich durchläuft ein Gesetzentwurf drei sogenannte „Lesungen", zwischendrin geht es unter Umständen an einen oder mehrere Ausschüsse, es gibt aber auch Abkürzungen. Sie dürfen allerdings nicht zu brutal sein, siehe die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sogenannten Heizungsgesetz (Gebäudeenergiegesetz).[74]

Es ist klar, dass es in diesem Prozess, wenn die Beteiligten wollen, „noch einmal von vorne losgehen kann", insbesondere mit neuer Materialsammlung in den Ausschüssen,

72 § 1 des Gesetzes über die Verkündung von Gesetzen und Verordnungen und über Bekanntmachungen (VkBkmG).

73 „Ausfertigung" ist die Erstellung einer sogenannten Urschrift des autoritativen Textes (§ 14 Rn. 22). Es gibt also häufig mehrere Ausfertigungen z.B. einer Urkunde, eines Vertrags, eines Urteils.

74 BVerfGE 166, 304 – Gebäudeenergiegesetz (2023): Einstweilige Anordnung, mit der dem Bundestag untersagt wurde, die zweite und dritte Lesung so kurzfristig wie geplant durchzuführen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neuen Entwürfen, neuem Kuhhandel. Dann wird sich der federführende Ausschuss an den hier skizzierten Arbeitsschritten orientieren.

Auf den Vermittlungsausschuss kommen wir noch zu sprechen.

III. Die Schemata

Wir haben bei der Methode, wie man einen Fall rechtlich durchprüft, ziemlich ausführlich dargestellt, dass und wie Juristen dabei „Schemata" verwenden (§ 23). Diese Schemata sind einerseits „geronnene Dogmatik"[75], andererseits nicht schon das geltende Recht, sie verdienen daher „ebenso geachtet wie verachtet zu werden". Wir haben zudem gesehen, dass es auch in der Rechtsberatung, genauer: bei der Vertragsgestaltung, gewisse „Schemata" gibt – und dass sie mitgeprägt sind von der Materie, die sie jeweils regeln (§ 37a III). Für die Gesetzgebung scheint es derartige Schemata kaum zu geben – und wenn, dann sind sie entweder unübersichtlich oder rein formal. 23

1. Drei Checklisten aus der Praxis

Warum ist Unübersichtlichkeit schlecht? Nun, der menschliche Denkapparat ist offenbar nicht in der Lage, gleichzeitig mehr als sieben *items* „auf dem Schirm zu haben" – plus oder minus zwei.[76] Bei langen Listen wird es daher wahrscheinlich, dass wichtige Punkte untergehen oder ganz vergessen werden. Folglich sollte man Schemata so untergliedern, dass sich nicht mehr als sieben, besser noch fünf oder vier oder drei Punkte pro Gliederungsebene ergeben. Sonst wird es, wie gesagt, wahrscheinlicher, wichtige Punkte „zu übersehen". 24

Als Beispiel für Un-übersichtlichkeit mögen zunächst zwei Checklisten aus der Praxis dienen, die sich vielleicht an den Zehn Geboten der Bibel orientiert haben. Die erste wurde lange Zeit von den Bundesministerien angewendet („Blaue Prüffragen")[77] und lautete:

1. Muss überhaupt etwas geschehen?
2. Welche Alternativen gibt es?
3. Muss der Bund handeln?
4. Muss ein Gesetz gemacht werden?
5. Muss jetzt gehandelt werden?
6. Ist der Regelungsumfang erforderlich?
7. Kann die Geltungsdauer beschränkt werden?
8. Ist die Regelung bürgernah und verständlich?
9. Ist die Regelung praktikabel?
10. [Stehen] Kosten und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis?

75 Eine Formulierung meines Greifswalder Kollegen *Uwe Kischel*.

76 *George A. Miller*, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two. Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in: Psychological Review. 63 (1956), 81–97 (wo das so klar gar nicht gesagt wird).

77 Gemeinsames Ministerialblatt 1990, S. 42; mitgeteilt von *Meßerschmidt*, in: Zeitschrift für das juristische Studium (ZJS) 2008, 224 (229).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine weitere Checkliste stammt von der OECD (Fettdruck von mir)[78]:

1. Ist das **Problem** richtig erfasst?
2. Ist ein Eingreifen auf Regierungsebene gerechtfertigt?
3. Ist Rechtsetzung die beste Form staatlichen Handelns?
4. Gibt es eine rechtliche Grundlage für die geplante Rechtsetzung?
5. Welche staatliche(n) Ebene(n) ist (sind) am besten für die geplante Rechtsetzung geeignet?
6. Rechtfertigen die Vorteile der Rechtsetzung ihre Kosten?
7. Besteht Transparenz hinsichtlich der Frage, wie sich die Wirkung auf die Gesellschaft verteilt?
8. Ist die Rechtsetzung klar, kohärent, verständlich und für die Betroffenen auch zugänglich?
9. Hatten alle betroffenen Parteien Gelegenheit, sich zur geplanten Maßnahme zu äußern?
10. Wie soll die Einhaltung der Bestimmungen gewährleistet werden?

25 Die dritte Checkliste findet sich in der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO). Sie hat die „Blauen Prüffragen" abgelöst und regelt in den §§ 40 bis 50 das Verfahren der „Rechtsetzung". Für die Methodik besonders einschlägig ist § 43 GGO, er bezieht sich auf Gesetzesvorlagen der Bundesregierung, wird aber auch bei den Referentenentwürfen (§ 45 Abs. 4 GGO) schon zu beachten sein. Die Vorschrift lautet (Fettdruck von mir):

§ 43 Begründung

In der Begründung **sind [!]** darzustellen:

1. die **Zielsetzung** und Notwendigkeit des Gesetzentwurfs und seiner Einzelvorschriften,
2. welcher Sachverhalt dem Gesetzentwurf zugrunde liegt und auf welchen Erkenntnisquellen er beruht,
3. ob andere Lösungsmöglichkeiten bestehen und ob eine Erledigung der Aufgabe durch Private möglich ist, gegebenenfalls welche Erwägungen zu ihrer Ablehnung geführt haben (Anlage 5),
4. ob Mitteilungspflichten, andere administrative Pflichten oder Genehmigungsvorbehalte mit entsprechenden staatlichen Überwachungs- und Genehmigungsverfahren eingeführt oder erweitert werden und welche Gründe dagegen sprechen, sie durch eine rechtliche Selbstverpflichtung des Normadressaten zu ersetzen,
5. die **Gesetzesfolgen** (§ 44),
6. welche Erwägungen der Festlegung zum Inkrafttreten zugrunde liegen, zum Beispiel für den Vollzug in organisatorischer, technischer und haushaltsmäßiger Hinsicht, und ob das Gesetz befristet werden kann,
7. ob der Gesetzentwurf eine Rechts- und Verwaltungsvereinfachung vorsieht, insbesondere ob er geltende Vorschriften vereinfacht oder entbehrlich macht,
8. Bezüge zum und Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union,
9. inwieweit im Falle der Umsetzung einer Richtlinie oder sonstiger Rechtsakte der Europäischen Union über deren Vorgaben hinaus weitere Regelungen getroffen werden,
10. ob der Gesetzentwurf mit völkerrechtlichen Verträgen, die Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar ist,
11. die Änderungen zur geltenden Rechtslage,

78 Zitiert nach *Meßerschmidt*, in: ZjS 2008, 224 (229).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

12. ob Artikel 72 Absatz 3 oder Artikel 84 Absatz 1 Satz 3 des Grundgesetzes Besonderheiten beim Inkrafttreten begründen und wie diesen gegebenenfalls Rechnung getragen worden ist,
13. inwieweit Interessenvertreterinnen und Interessenvertreter sowie beauftragte Dritte wesentlich zum Inhalt des Gesetzentwurfs beigetragen haben („Exekutiver Fußabdruck").

Eine erste Kritik an dieser letzten Checkliste liegt auf der Hand: Sie spricht nicht von einem „Problem", das zu lösen ist (wie die OECD), sondern gleich von einer „Zielsetzung". Aus rechtlicher Sicht verengt das den Blick (*bias*): Es ist von vornherein politisch, nicht rechtlich gedacht (s.o. Rn. 12). 26

Die zweite Kritik betrifft die Unübersichtlichkeit. Sie sorgt dafür, dass der wichtigste Punkt geradezu untergeht: die **Gesetzesfolgen**. Insofern verweist § 43 Nr. 5 zwar auf § 44, aber auch dort findet sich wenig. Denn zwar definiert § 44 Abs. 1 GGO: „Unter Gesetzesfolgen sind die wesentlichen Auswirkungen des Gesetzes zu verstehen. Sie umfassen die beabsichtigten Wirkungen und die unbeabsichtigten Nebenwirkungen." Alles was darauf folgt, bezieht sich aber nur noch auf Haushalt und Finanzen. Als Jurist (der vom Bösen im Menschen ausgeht) vermisst man hingegen schmerzlich vor allem diese Fragen:

14. Gibt es Möglichkeiten des **Missbrauchs** oder der **Umgehung** des Gesetzes?[79]
15. Eröffnet das Gesetz ein Potential für **Korruption**?[80]

2. Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit

Beispiel für eine überwiegend **formale** Checkliste ist das „Handbuch der Rechtsförmlichkeit". Es wurde für die Bundesregierung vom Bundesministerium der Justiz (BMJ) verfasst und am 22. Oktober 2008 im Bundesanzeiger bekanntgemacht.[81] Das Buch umfasst 252 Seiten Text, hinzu kommen 14 Seiten mit Anhängen. Als Anhang 3 gibt es dabei eine „Prüfliste für bessere Rechtsetzung" (S. 263–265), sie listet lediglich auf, was sich in den §§ 42–48 der GGO findet (siehe soeben unter 1). 27

> Die übrigen Regeln betreffen etwa die Überschriften, die Zitierweise, die Frage, ob ein neues „Stammgesetz" oder ein Änderungsgesetz angebracht ist, die Gliederung des Gesetzes, Abkürzungen, die Gestaltung von Verweisungen.

Ausgesprochen **gelungen** – und insofern auch ein bisschen mehr als „rein formal"[82] – sind die Empfehlungen zur „sprachlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverord- 28

79 Da reicht es übrigens nicht zu sagen: „Bisher ist noch nichts passiert." Orcas haben früher noch nie Segelboote attackiert.

80 Unter Korruption verstehe ich nicht nur finanzielle Bestechung, sondern jede Beeinflussung mit sachfremden Mitteln.

81 Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesanzeiger vom 22. Oktober 2008, https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/Handbuch_der_Rechtsfoermlichkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=4; letzter Zugriff 22.08.2024.

82 Siehe Handbuch Teil B unter 1.1: „Klarer Inhalt und gute Sprache gehen Hand in Hand!" Oder wie schon Cato sagte: *rem tene verba sequentur* – hab die Sache im Griff, die Worte werden folgen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nungen". Sie gehen mit Recht aus vom **Primat der juristischen Fachsprache** (Rn. 53–61)[83] und enthalten sodann Abschnitte über

- Sprachliche Verständlichkeit (Rn. 62–65)
  z.B. „Hauptsachen in Hauptsätze!"[84]
- Rechtsetzungstechnische Mittel und Verständlichkeit (Rn. 66)
  z.B. Fiktionen
- Allgemeine Hinweise zur Wortwahl (Rn. 68–79)
  mit Hinweis auf Logik (!), Redlichkeit (keine Euphemismen wie „Kleinvoliere" für einen Hühnerkäfig!), Vermeidung von Modewörtern[85]
- Besondere Hinweise zur Wortwahl (Rn. 80–94)
  z.B. „können" und „sollen"
- Hinweise zur Satzlänge und zum Satzbau (Rn. 95–104)
  z.B. „Ein Satz sollte nur eine Aussage enthalten"[86], keine Klemmkonstruktion, Aktiv statt Passiv,
- Hinweise zum Textaufbau (Rn. 105–109)
  z.B. Überflüssiges weglassen,
- Sprachliche Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Rn. 110–123).

Dies deckt sich ganz bemerkenswert mit den Kriterien juristischer Gelungenheit, wie sie von der NJML entworfen wurden (§ 34 II bis IIc).

29 Das BMJ hat zudem eine kürzere „Handreichung für neue Legisten und Legistinnen" von 17 Seiten Umfang herausgegeben.[87] Sie will vor allem jungen Kollegen den Einstieg in das Handwerk (und das Handbuch) erleichtern. Im Wesentlichen entspricht sie den Redigierschemata von Verlagen. Immerhin listet sie aber auch „ausgewählte rechtstechnische Gestaltungsmittel" auf: Begriffsbestimmungen z.B. durch Legaldefinitionen, Regelbeispiele, gesetzliche Vermutungen, Verweisungen, unbestimmte Rechtsbegriffe.

Wie man **inhaltlich** gute Gesetze macht, bleibt hingegen eine offene Frage. Vielleicht ist dies ja wirklich eine „Kunst", bei der es nur *learning by doing* gibt?

IV. Maßarbeit – und die größten Missstände

30 Die NJML geht davon aus, dass man auch Künste lernen kann. Dass dabei die einen mehr, die anderen weniger Talent haben, spricht nicht dagegen. Wir haben zudem

83 Im erwähnten Gutachten von *McKinsey*, das sich der Nationale Normenkontrollrat zu eigen gemacht hat (Fn. 69), heißt es hingegen (S. 11): „Juristische Qualität ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für wirksame und praxistaugliche Regelungen. Neben Juristen sollten Ministerien vermehrt Absolventen anderer Fachrichtungen einstellen, um eine gute Mischung ihrer Gesetzgebungsteams zu erreichen. Nur so kann das vielseitige Methoden- und Vollzugswissen aufgebaut werden, das für eine moderne Gesetzgebung erforderlich ist." Das klingt nach einem Primat von Politik und Bürokratie.

84 Hier liest sich in der Tat manches wie die „Stilfibel" von *Ludwig Reiners* (1951, letzte Auflage 2015); mehr zu ihr § 34 Rn. 12.

85 Auch das klingt nach Ludwig Reiners.

86 Zu den Begriffen „Satz" und „Aussage" § 5 II Rn. 24 f.

87 Stand: Januar 2024 (https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Nav_Service/Einstieg_Gestaltung_Gesetze_barrierefrei.pdf?__blob=publicationFile&v=3 <15.09.2024>).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerade die Jurisprudenz als eine „Kunst" (im Sinn von *téchnē*) definiert, und wie bei jeder „Kunst" liegt auch hier die Kunst letztlich in der Maßarbeit, mit der die Schemata ausgefüllt werden.

Zur Fallbearbeitung als Maßkonfektion siehe § 23 Rn. 39.

Bei der Gesetzgebung bietet sich nun als Grobschema für den *Entwurf* von Gesetzen ganz zwanglos das an, was man auch bei der *Überprüfung* von Gesetzen als Schema verwendet – sagen wir: im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde oder eine Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Dementsprechend wollen wir im Folgenden schauen, wie man in formeller und in materieller (inhaltlicher) Hinsicht zu einem gelungenen oder misslungenen Gesetz kommt. (Zur Kategorie „Gelungenheit" siehe § 31 Rn. 86–101; §§ 33 und 34).

1. Formelles Gelingen und Misslingen (Verfahren und Form)

Zum formellen Gelingen haben wir schon dadurch viel gesagt, dass wir eine Abfolge von Arbeitsschritten entworfen haben. In diesen Schritten kann aber auch einiges misslingen – wir konzentrieren uns insoweit auf die real existierende Gesetzgebung in Deutschland. 31

a) Föderalismus: viele Köche (und die blackbox Vermittlungsausschuss)

Ein erster Misslingensfaktor kann – nicht muss, versteht sich – der Föderalismus sein, also die recht komplizierte Zusammenarbeit von Bund und Ländern bei der Gesetzgebung des Bundes. Sie kann dazu führen, dass die vielen Köche den Brei auch einmal verderben. 32

Besonders deutlich wird dies, methodologisch gesehen, im Vermittlungsausschuss. Er wird eingesetzt, wenn der Bundesrat gegen ein Gesetz, das der Bundestag beschlossen hat, Bedenken hat (unabhängig davon, ob das Gesetz der Zustimmung des Bundesrates bedarf oder nicht, Art. 77 Abs. 2 und 2a GG). In diesem Vermittlungsausschuss beginnt dann, wenn man so will, der Kuhhandel ein drittes Mal[88] – aber dort ist dann kein Jurist mehr, der für die Endredaktion verantwortlich wäre. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Gesetze herauskommen,[89] die handwerklich misslungen sind.

Aber auch dann, wenn das Verfahren unter Beobachtung von Ministerialjuristen bleibt, kann es merkwürdige „Kompromisse" geben. 33

88 Die Website formuliert: „Hauptaufgabe des Vermittlungsausschusses ist es, die unterschiedlichen Vorstellungen von Bundestag und Bundesrat hinsichtlich eines Gesetzgebungsvorhabens zum Ausgleich zu bringen. Dabei gilt es, im Wege des politischen Vermittelns und des gegenseitigen Nachgebens Lösungen zu finden, die für beide Seiten akzeptabel sind. Der Vermittlungsausschuss stellt somit ein Instrument der politischen Kompromissfindung dar."

89 Der Bundestag kann den Vorschlag des Vermittlungsausschusses nur annehmen oder ablehnen, nicht mehr verändern.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mein Lieblingsbeispiel ist nach wie vor die sogenannte „Angstklausel“[90] des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB (Baugesetzbuch):

> „Mängel, die Gegenstand der Regelung in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 sind, können nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden; im Übrigen sind Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.“

Der zweite Halbsatz geriet nach Stellungnahme des Bundesrates[91] (Art. 76 Abs. 2 Satz 2 GG) in den (neuen) Gesetzentwurf der Bundesregierung, der sodann Gesetz wurde.[92] Es ist immer noch unklar, wie man den Satz dogmatisch zu verstehen hat (s.o. § 28 Rn. 14 mit Fn. 18, Rn. 15 f.).[93]

b) Artikelgesetze („Mantelgesetze“; „Omnibusverfahren“): Gefahr sachwidriger Koppelung

34 Ein großer Missstand sind Artikelgesetze, die Materien miteinander verbinden, die wenig oder gar nichts miteinander zu tun haben.

Artikelgesetze sind Gesetze, die mehrere Einzelgesetze zusammenfassen (das Handbuch nennt sie auch „Mantelgesetze“[94]). Diese Einzelgesetze werden als „Artikel“ aufgelistet, also etwa: „Artikel 1: Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG); Artikel 2: Änderung des Passgesetzes; (…) Artikel 4: Änderung des Personenstandsgesetzes; (…).“

Zwar ist, wie das Beispiel zeigt, gegen Artikelgesetze als solche im Prinzip nichts einzuwenden. Sie haben Sinn, wenn ein „Stammgesetz“[95] – hier das SBGG – Änderungen in weiteren Gesetzen notwendig macht. Anfällig für Unsinn wird das Ganze hingegen, wenn mehrere Stammgesetze verbunden werden, die nichts miteinander zu tun haben, oder ein Stammgesetz mit „weiteren Änderungen“ verbunden wird, die man für so wichtig halten sollte, dass man ihnen ein eigenes Gesetz (und zuvor: Gesetzgebungsverfahren) gönnt.

35 Lieblingsbeispiel: § 5a Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 des Deutschen Richtergesetzes (DRiG), er bezieht sich auf die Inhalte des juristischen Studiums und wurde 2021 eingefügt. Satz 2 lautet nun insgesamt (Hervorhebung J.L.):

> „Pflichtfächer sind die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Verfahrensrechts einschließlich der europarechtlichen Bezüge, der rechtswissenschaftlichen Methoden und der philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen; *die Vermittlung der Pflichtfächer erfolgt auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur*.“

---

90 *Wilfried Erbguth*, Rechtsschutzfragen und Fragen der §§ 214 und 215 BauGB im neuen Städtebaurecht, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2004, 802–810 (806 Fn. 52 mit weiteren Nachweisen).

91 Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 15/2250 vom 17.12.2003, S. 86 f. – Die Drucksachen des Deutschen Bundestags werden je Wahlperiode durchnummeriert. „15“ ist also der 15. Deutsche Bundestag (2002–2005).

92 BT-Drs. 15/2250 vom 17.12.2003, S. 96 f.; zum Vorentwurf S. 21 f., 64 f.

93 Siehe etwa *Michael Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz, Beck Online-Kommentar BauGB, § 214 Rn. 115–121.

94 Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 81), Rn. 717 ff.

95 So die Bezeichnung im Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 81), Rn. 320 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nun die Pointe: Verabschiedet wurde das Änderungsgesetz als Artikel 4 des „Gesetzes zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften" vom 25. Juni 2021.[96] Die Nazis und die SED unter „ferner liefen"? Das hat ein bisschen was von Realsatire.

Wie auch immer: Die Koppelung mehrerer Gesetze, die miteinander nichts zu tun haben, lädt, das ist der Haupteinwand, letztlich erneut zum Kuhhandel ein. Derartige „Omnibusverfahren"[97] sollte man daher grundsätzlich vermeiden. Im römischen Recht waren Koppelungsgesetze sogar verboten.[98] 36

Ausdrücklich verboten ist eine Koppelung nur im Verwaltungsrecht: In sog. öffentlich-rechtlichen Verträgen muss die „Gegenleistung [des Bürgers] … im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen" (§ 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz). Tut sie es nicht, ist der Vertrag nichtig (§ 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG).

c) Abarbeiten von Koalitionsverträgen

Stichwort Kuhhandel: Das allergrößte Übel der gegenwärtigen Gesetzgebungspraxis liegt wohl im politischen Bereich – in den Koalitionsverträgen, die von der künftigen Regierung in quälend langwierigen Verhandlungen[99] ausgehandelt werden. In diesen Verträgen schreiben die Koalitionäre fest, was in der Legislaturperiode durchgesetzt werden soll, seien dies nun Gesetze oder sonstige Ziele – man denke etwa an die finanzielle Förderung von sogenannten Wallboxen für Hauseigentümer, die ein Elektroauto schon haben oder verbindlich bestellen.[100] Die Praxis der Gesetzgebung besteht dann 37

96 BGBl. I, 2154–2203 (2172); insgesamt umfasst das Gesetz 25 Artikel.

97 So die gleichsam offizielle Bezeichnung, siehe das Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags vom 17.06.2020 (https://www.bundestag.de/resource/blob/709100/f157335a8ae718298e9fc4019b85c35c/WD-3-149-20-pdf-data.pdf <08.08.2024>.

98 So die *lex Caecilia Didia de modo legum promulgandorum* aus dem Jahr 98 v.Chr. (keine *rogatio per saturam*, d.h. kein Gesetzvorschlag, der diverse Themen enthielt). Für den Hinweis danke ich herzlich der verehrten Kollegin *Tiziana Chiusi*. – Siehe auch in der englischen wikipedia: https://en.wikipedia.org/wiki/Lex_Caecilia_Didia <04.102024>.

Erwähnt wird das Gesetz von *Marcus Tullius Cicero* in seiner „Oratio de domo sua", Abschnitte 41 und 53 („in coniunctis rebus compluribus"); zu dieser Rede – es ging, grob gesagt, um Ciceros Anspruch auf Rückgabe seines Hauses, nachdem dieses von seinem politischen Gegner Clodius Pulcher enteignet worden war – und dabei knapp auch zur Rechtswidrigkeit von „Sammelgesetzen" *Carl Joachim Classen*, Recht – Rhetorik – Politik. Untersuchungen zu Ciceros rhetorischer Strategie, Darmstadt 1985, S. 218–267 (242 f.).

99 Man erinnere sich: Nach der Bundestagswahl 2017 dauerte es mehr als fünf Monate, genauer 151 Tage, bis ein Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD ausgehandelt war (zuvor waren Koalitionsverhandlungen zwischen CDU, FDP und den Grünen – „Jamaica" – gescheitert). Der Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 umfasste 175 Seiten, er geht sehr ins Detail: https://www.bundestag.de/resource/blob/543200/9f9f21a92a618c77aa330f00ed21e308/kw49_koalition_koalitionsvertrag.pdf.

100 Umfang: Eine halbe Milliarde Euro, verteilt auf zwei Jahre, siehe die Pressemitteilung vom 04.09.2023, https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2023/086-wissing-selbst-erzeugter-stromfuer-elektrofahrzeuge.html. – Die erste Tranche von 300.000 Euro war offenbar in Nullkommanix weg: „Allein in den ersten drei Stunden des Antragsstarts gab es einen Run von über 100.000 Besuchern." Die zweite Tranche wurde schon im Februar 2024 im Zuge einer Haushaltskonsolidierung gestrichen. – Im Koalitionsvertrag 2021 war dies, etwas verschämt, nur angedeutet (S. 40): „Wir setzen

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oft nur noch darin, „den Koalitionsvertrag abzuarbeiten" – statt sich sachlich und „ergebnisoffen" auf die einzelnen Materien (und Konflikte!) zu konzentrieren.

> Man hatte sich doch schon geeinigt: Gibst du mir meine Wallbox, geb' ich dir dein Personenstandsgesetz. (Natürlich ist dies frei erfunden.[101])

Wie auch immer: Wenn der Koalitionsvertrag eine der Gesetzgebung vorgeschaltete „Basarstation" ist, lässt dies kaum auf eine Methode schließen, die zu sachlich gelungenen Gesetzen führt.

38 > Und natürlich widerspricht diese Praxis auch dem Modell einer deliberativen Demokratie, in der die Beteiligten mit dem zwanglosen Zwang des besseren Arguments um den besten Kompromiss ringen.[102]

2. Materiell-inhaltliches Gelingen oder Misslingen

39 Wie kommt man nun aber zu *sachlich* guten Gesetzen? Die NJML sagt: mit Logik, Logik, Logik – und Ästhetik. Beides gemeinsam stimmt die drei Elemente aufeinander ab, die bei jeder rechtlichen Entscheidung zusammenkommen müssen: Regel, Fall und Ergebnis. Oder bei Gesetzen genauer:

Regel – Fälle – Ergebnisse.

Mal mehr, mal weniger gelungen.

a) Die Kernmethode: „umgekehrte Subsumtion"

40 Der erste Schritt der gesetzgeberischen Logik wird gern – und mit Recht – als „umgekehrte Subsumtion" bezeichnet. In der Sache besteht er darin, sich die (Konflikt-) Fälle vorzustellen, die auftauchen könnten, sich dann zu überlegen, welche Rechtsfolgen an sie geknüpft werden sollten (Ergebnisse), und schließlich den Tatbestand begrifflich so zu formulieren, dass er jeden Fall wie gewünscht erfasst – oder gerade nicht erfasst. Ein Beispiel von Peter Noll[103] (auf ihn geht wohl auch die Bezeichnung „umgekehrte Subsumtion" zurück):

> Gegeben sind vier Fälle
> 1. A lässt den wertvollen Papagei des B entfliegen.
> 2. A tauscht eigenmächtig den 100-Mark-Schein des B gegen fünf eigene 20-Mark-Scheine um.
> 3. A nimmt eigenmächtig ein Buch aus B's Bibliothek, liest es und bringt es wieder zurück.
> 4. A nimmt B dessen Computer weg, um sich die Kosten für einen Mietcomputer zu sparen, und bringt ihn nach Gebrauch zurück. In der Zwischenzeit musste B einen anderen Computer mieten.

---

auf die Mobilisierung privater Investitionen." (https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf).

101 … denn hinter beidem stand vermutlich die FDP.

102 Klassiker: *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M. 1992, 4. Aufl. 1994, Kapitel VII.

103 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 290 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aufgaben: Man formuliere einen Tatbestand, von dem
a) die Fälle 1 und 4, nicht aber 2 und 3 umfasst[104] sind;
b) nur Fall 2 umfasst ist,
c) nur Fall 4 umfasst ist.

Lösungen:
a) Wer einen anderen dadurch am Vermögen schädigt, dass er ihm eine Sache dauernd oder vorübergehend entzieht, ist … zu bestrafen.
b) Wer eine fremde Sache einem anderen wegnimmt und sich aneignet, …
c) Wer, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, eine fremde Sache einem anderen vorübergehen entzieht und diesen dadurch am Vermögen schädigt, …

Es liegt auf der Hand: Auf diese Weise wird zunächst einmal **Klarheit** geschaffen. Wir haben eine Regel, unter die wir die Fälle subsumieren können – oder gerade auch nicht. Ob das Ergebnis – hier die Strafbarkeit – dann auch wünschenswert ist, ist eine zweite Frage. Wir werden sogleich sehen, ob dabei unhintergehbare „Wertungen" eine Rolle spielen. Hier können wir schon festhalten: 41

Bereits das Zusammenstellen von konkreten Vergleichsfällen erweitert offenbar das „Wertungsspektrum" (*framing*). Man könnte z.B. plädieren: „Fall 1 ist jedenfalls schlimmer als Fall 2. Und man sollte vermeiden, dass Fall 3 von der Regel erfasst wird." Natürlich sind dies „Wertungen", und man wird vielleicht über sie streiten können. Aber man kann sie mit Hilfe der Logik differenziert abarbeiten und begrifflich klar machen: „Was **folgt** aus dem Gesetz?"

Geradezu das Gegenteil findet sich im neuen Sexualstrafrecht. Im Grunde müsste man auch in diesem Bereich wie folgt vorgehen: Welche Fälle sind denkbar? Welche davon wollen wir strafrechtlich erfassen, ggf. in welcher Abstufung? Also etwa (man sehe mir nach, dass es konkret wird): Zungenkuss, Oralverkehr, Anwendung von Gewalt und Drohung, Anwendung von List, Analverkehr, Vaginalverkehr, Penetration mit Werkzeug, ohne Werkzeug etc. Es wird nicht leicht sein, hierzu die passenden Gesetze klar zu formulieren. Höchst **unklar** ist aber das, was nun im Strafgesetzbuch steht: 42

> **§ 177** (1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.
> (2 bis 5) …
> (6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn
> 1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses **besonders erniedrigen**, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder (…)

Man sieht: Zwar bemüht sich der Gesetzgeber fünf Absätze lag um eine differenzierte Regelung. In Absatz 6, also ausgerechnet beim besonders schweren Fall, folgt dann

104 Ich formuliere bewusst „umfasst" statt „erfasst", um damit auf den Begriffsumfang anzuspielen (§ 9 Rn. 22, § 15a Rn. 5 und 7–11).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aber eine Generalklausel[105], wie sie „wertungsoffener" kaum sein kann: „erniedrigen", gar „besonders erniedrigen" (was ist „ein bisschen erniedrigen"?). Auf wessen Sicht soll es da ankommen? Die des Täters, die des Opfers? des Richters? des gesunden Volksempfindens?

Wir kommen darauf zurück.

b) Einzelheiten

43 Was die Einzelheiten guter Gesetzgebung angeht, kann man zunächst den nur mäßig hilfreichen Rat geben: Der Gesetzgeber sollte sich so gut wie möglich in der zu regelnden Materie auskennen, er sollte so viel wie möglich davon *verstehen*. Dazu gehört neben der Kenntnis von Fakten und Normen Empathie für alle Betroffenen (siehe oben).

Nicht nur im Fall, auch bei der Gesetzgebung kommen eben sehr viele Sinnzusammenhänge zusammen (§§ 24–24b; zum Begriff § 5 Rn. 40–59).

aa) Nichts Überflüssiges, nichts Unklares

44 Was sodann die Methode und Technik der Gesetzgebung angeht[106] (beides dürfte sich nicht streng voneinander trennen lassen), kann man an die Kriterien der Gelungenheit anknüpfen, die wir in § 34 skizziert haben. Unter ihnen ist eines der Wichtigsten das Verbot des Überflüssigen. Es gilt – darauf hatten wir uns in § 34 Rn. 47–49 konzentriert – für gerichtliche Entscheidungen (Stichwort: *obiter dictum*, Beispiel Vermögensteuer[107]). Es gilt aber ebenso[108] und vielleicht noch mehr für die Gesetzgebung: Überflüssiges führt zu Unübersichtlichkeit und dazu, dass man als Gesetzesanwender den Gesetzgeber nicht mehr ernst nimmt.

Beispiel: Jüngst wurde § 1 Abs. 3 BauGB um den letzten Halbsatz (ich setze ihn kursiv) ergänzt:

> „Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist; *die Aufstellung kann insbesondere bei der Ausweisung von Flächen für den Wohnungsbau in Betracht kommen*."

Das ist doch selbstverständlich! Wollt ihr uns veräppeln?

Die „symbolische Gesetzgebung" ist dann noch ein Kapitel für sich.[109]

---

105 Allgemein zu Generalklauseln § 15a Rn. 54–68.

106 So wie erwähnt die Aufteilung bei Peter Noll.

107 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer I (1995).

108 … und ebenso bei der Vertragsgestaltung, siehe etwa *Kai-Michael Hingst*, Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 25–42 (36): „Verzicht auf Redundanzen (als unnütze und womöglich sogar widersprüchliche Regelung derselben Materie)".

109 Siehe etwa *Jens Newig,* Symbolische Gesetzgebung. Rechtssoziologische Untersuchungen am Beispiel des Ozongesetzes, des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes sowie der Großfeuerungsanlagenverordnung, Berlin 2003; *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, § 9 Rn. 20–24.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb) Die richtige Abstraktionshöhe

Ein besonderes Problem ist schließlich oft: Auf welcher Abstraktionshöhe sollten Gesetze formuliert sein? Insofern hatten wir als ein klassisches Beispiel aus dem Römischen Recht die Cautio Muciana erwähnt – Wiederverheiratungsklausel in einem Testament – und die sehr viel abstraktere Formulierung in § 2075 BGB (siehe § 6 Rn. 38). 45

Ein weiteres Beispiel wäre die sehr abstrakte Formulierung in § 50 VwVfG. Sie betrifft den Vertrauensschutz des Adressaten eines begünstigenden Verwaltungsakts, wenn dieser Verwaltungsakt von einem Dritten angefochten wurde und nun von der Behörde zurückgenommen oder widerrufen werden kann.[110] Hier wäre ein etwas ausführlicheres Gesetz besser handhabbar.[111]

Außerdem ist die Überschrift des jetzigen § 50 VwVfG missverständlich: „Rücknahme und Widerruf im Rechtsbehelfsverfahren." Sie müsste lauten: „Rücknahme und Widerruf bei Drittanfechtung".

Generell wird man sagen können: So abstrakt wie möglich (um Überflüssiges zu vermeiden), so konkret wie nötig (um verständlich zu bleiben). Keinesfalls sollte man aber eine hohe Abstraktionsebene mit großer Wertungsoffenheit wählen, nur weil man im Konkreten nicht so genau hinschauen will.

c) Die Frage der „Wertung" ...

Damit zurück zum Thema „Wertung"! Bereits Peter Noll hat darauf hingewiesen: „In Wirklichkeit bieten sich reine Wertprobleme der Praxis verhältnismäßig selten"[112] – wenn man die richtige Methode anwendet. Denn: „Je genauer ein Problem und die Vorschläge zu seiner Lösung mit allen ihren Auswirkungen bekannt sind, desto leichter fällt die wertende Auswahl zwischen den vorgeschlagenen Alternativen." Wenn man weiß, dass die Todesstrafe bei derjenigen Kriminalität, für die sie in Frage kommt, keine abschreckende Wirkung hat, wenn man andererseits um die Todesangst von Verurteilten weiß, dann fällt die Entscheidung für die Abschaffung der Todesstrafe leicht. Je näher zudem die Alternativen sind, zwischen denen zu entscheiden ist, desto weniger stehen große „Werte" zur Disposition. Schließlich: „Das diskursive Verfahren der Gesetzgebung ist in sich geeignet, Wertungen offenzulegen und abwegige Lösungen zu eliminieren." In Diktaturen darf eben deshalb nicht offen diskutiert werden. 46

Und natürlich sind auch Koalitionsverträge Diskursbremsen (s.o. Rn. 37).

Die NJML hat herausgearbeitet, dass „Wertungen" in Normwissenschaften (Ethik, Jurisprudenz) natürlich unvermeidlich sind: Man muss Stellung beziehen, für wie verwerflich man einen erzwungenen Zungenkuss hält. Aber diese Wertungen sind 47

110 Wortlaut: „§ 48 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 bis 4 sowie § 49 Abs. 2 bis 4 und 6 gelten nicht, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird."

111 *Joachim Lege*, Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten nach Drittanfechtung. Auslegung, Änderung oder Streichung des § 50 VwVfG?, in: Siegfried Reich (Hrsg.), Festschrift zum 100-jährigen Jubiläum des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts, München 2002, S. 359–384 (382 f.).

112 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 125 f., auch zum Folgenden.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zunächst einmal nicht mehr als erste Prädikate, die wir einer Handlung im rechtlichen Erkenntnisprozess zuschreiben (§ 5 Rn. 34–36). Sie relativieren sich schon dann, wenn wir sie mit anderen „Wertungen" vergleichen, seien es die eigenen Bewertungen anderer Fälle, seien es die Wertungen anderer Menschen. Dies führt dann im Gesetzgebungsprozess zwangsläufig zu Fragen der Interpretation (wie ist das Wort „erniedrigend" verstehen?) und zur Systembildung (z.B. „normale" Fälle – schwere Fälle – minder schwere Fälle). Kurz:

> Bei der Gesetzgebung eliminiert man kontextunabhängige „hohe Werte" durch das, was juristische Dogmatik auch sonst auszeichnet, nur jetzt eben *noch* hypothetischer: durch den Vergleich von *möglichen* Fällen, durch die Formulierung klarer Regeln zu deren Lösung und durch das Aufeinanderabstimmen dieser Regeln in einem widerspruchsfreien System. Kurz: Logik, Logik, Logik – *and nothing more pretentious.*
>
> > Ich möchte warnend hinzufügen: Je mehr die real existierende Gesetzgebung auf derartige Dogmatik verzichtet, desto mehr wird sie auf das rationale „System 2" des Rechts verzichten und sich vom „System 1" spontaner Stimmung beherrschen lassen.[113]

d) ... ist eine Frage der besseren Entscheidung

48 Aber um es mit Peter Noll etwas tiefer zu hängen: Man kann „nur über Ergebnisse, nicht über Prinzipien diskutieren".[114]

> Über „Nein heißt nein" (§ 177 Abs. 1 StGB) kann und muss man unter vernünftigen Menschen nicht diskutieren. Streiten kann man darüber, ob ein erzwungener Zungenkuss mit zwei Jahren Gefängnis zu bestrafen ist.

Und: Man kann „nur über Alternativen, nicht über eine einzige Entscheidung allein diskutieren."[115] Das Recht ist nicht dazu da, auf einen Schlag die eine große Gerechtigkeit für alle und auf immer zu verwirklichen. Es soll lediglich von Fall zu Fall die besser[116] begründbare Entscheidung erstreben. *Nothing more prententious.*

> Zur Parallele in der allgemeinen Erkenntnistheorie s.o. § 31 Rn. 60–61: das „Konzept der besten Begründung".

Und wenn man darüber als Gesetzgeber keinen Konsens aller erzielt, muss man eben abstimmen, und es entscheidet die Mehrheit: *stat pro ratione voluntas* – an die Stelle der Vernunft (oder eines letzten Grundes) tritt notwendig und *faute de mieux* deren Wille.[117]

---

113 Zu System 1 und System 2 siehe § 35 II. System 2 ist bekanntlich faul und bestechlich, lässt daher gern System 1 machen.

114 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 126.

115 *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 16), S. 126.

116 Siehe auch *Jürgen Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin 1969.

117 *Reinhold Zippelius*, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, in: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1996, S. 66, 129–144 (135), 291. – Lateinisch *ratio* kann auch „Grund" bedeuten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Sonderkonstellationen

Wir haben uns bis hierher mit der sozusagen Routine-Gesetzgebung beschäftigt – wir wollen uns nun mit drei Sonderkonstellationen beschäftigen. 49

1. Einzelfallgesetze

Aufgabe der Routine-Gesetzgebung ist das Aufstellen von Regeln (Wenn-dann-Rechtssätze). Allerdings können im förmlichen Gesetzgebungsverfahren auch Beschlüsse gefasst werden, die sich auf einen einzigen Sachverhalt beziehen – man nennt dies Einzelfallgesetze.[118] Klassisches Beispiel für ein solch „nur-formelles Gesetz" ist das Haushaltsgesetz, mit dem der Bund den Haushalt für das kommende Jahr feststellt (Art. 110 Abs. 2 GG). Es gibt aber auch Einzelfallgesetze, die „nach außen" wirken, sie sind im Grunde ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung. Deshalb sind sie gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verboten, soweit sie ein Grundrecht „einschränken". 50

Methodisch gesehen, ist es allerdings gar nicht leicht, Einzelfallgesetze von anderen Gesetzen abzugrenzen. Wie etwa, wenn das Gesetz zwar allgemein formuliert ist, es aber auf der großen weiten Welt nur einen einzigen Fall gibt, der dazu passt?[119] Klar dürften jedenfalls zwei Fälle sein:

a) Maßnahmengesetze

Ein klarer Fall von Einzelfallgesetz sind die sogenannten Maßnahmengesetze: Der Gesetzgeber beschließt [= genehmigt] *anstelle* der eigentlich zuständigen Verwaltungsbehörde den rechtsverbindlichen Plan für eine bestimmte Eisenbahnstrecke. Sinn der Aktion: Gegen Gesetze gibt es keinen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten, der das Projekt verzögern könnte, die Sache kommt vielmehr gleich zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Das BVerfG hat dies in einer berühmten Entscheidung einmal durchgehen lassen – es ging darum, in der Anfangszeit des wiedervereinigten Deutschland die Ost-West-Verbindung Berlin-Bonn so schnell wie möglich auszubauen („Südumfahrung Stendal").[120] 51

Eine Art Realsatire war kürzlich das sogenannte Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz (MgvG[121]). Es sollte das Modell Stendal auf zwölf ausgewählte Infrastrukturprojekte (sieben Eisenbahnstrecken, fünf Wasserstraßen) übertragen – frei nach 52

118 Eingehend *Joachim Lege*, Verbot des Einzelfallgesetzes, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg etc. 2009, § 66, S. 439–492.

119 BVerfGE 10, 234 – Lex Platow (1959): Amnestie für Ministerialbeamte, die Interna verraten hatten; BVerfGE 25, 371 – Lex Rheinstahl (1969): Montanmitbestimmung in der Rheinische Stahlwerke AG.

120 BVerfGE 95, 1 (15 ff.) – Südumfahrung Stendal (1996).

121 Nebenbei: Schon diese Abkürzung war nicht kunstgerecht. Gemäß dem Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Fn. 81), Rn. 361–380, sollen die Abkürzungen von Gesetzen unverwechselbar sein. Bei einer google-Anfrage mit „MgvG" hat das Bundesamt für Justiz aber schon zu dessen Lebzeiten zuerst ein „Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)" vermeldet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wahl des Bundesverkehrsministers. (In der Basarstation kam als dreizehntes Projekt noch hinzu: „6a. Ausbau der Eisenbahnstrecke von Niebüll über Klanxbüll nach Westerland.")[122] Mittlerweile wurde das Gesetz, vor allem wegen europarechtlicher Bedenken, aufgehoben.[123]

Ganz subversiv könnte man übrigens daran denken, derartige Einzelfallgesetze doch vor die Verwaltungsgerichte – und dies sogar in erster Instanz! – zu bekommen.[124] Gemäß § 40 Abs. 1 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung) ist der **Verwaltungsrechtsweg** „in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten *nichtverfassungsrechtlicher* Art gegeben". „Verfassungsrechtlicher" Art sind Streitigkeiten bei sog. doppelter Verfassungsunmittelbarkeit, das heißt, „wenn beide Parteien unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt sind und sich die Streitigkeit zugleich auf Rechte oder Pflichten bezieht, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben."[125] Die Rechte und Pflichten bei der Planung von Eisenbahnen ergeben sich nun gerade nicht unmittelbar aus dem Grundgesetz.

53 Nebenbei: Auf diese subversive Idee zu kommen, ist letztlich eine **Abduktion** – und folglich ein logisches Verfahren (§ 6 III). Man bringt weit auseinanderliegende Begriffe („nichtverfassungsrechtlich", „Einzelfallgesetz") und die daraus resultierenden Schlussfolgerungen zusammen – zur eigenen Überraschung. Wenn dies dann mit der eigenen „Wertung" übereinstimmt (Gesetzgeber, bleib bei deinen Leisten!), kann dies glücklich machen.

b) Subsumtionsgesetze

54 Ein zweiter klarer, aber auch sehr skurriler Fall sind Subsumtionsgesetze – bisher hat es davon wohl nur ein einziges gegeben. Gemeint ist das „Gesetz zum Erhalt und zur Stärkung des Luftfahrtindustriestandortes Hamburg" – inoffiziell genannt: Airbus-Gesetz. Dieses Gesetz sollte zwei Planfeststellungsbeschlüsse absichern, die der Firma Airbus erlaubten, an der Süderelbe ihr Werksgelände zu erweitern und dabei u.U. zwangsweise fremde Grundstücke zu erwerben. Weil es bei „privatnützigen Enteignungen" nun aber fraglich ist, ob und wann sie „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen"[126] (so schreibt es Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG für alle Enteignungen vor), hieß es im Airbus-Gesetz (Hervorhebung J.L.):

> **§ 1** (1) Maßnahmen zum Erhalt und zur Erweiterung der Flugzeugproduktion am Standort Finkenwerder sichern und fördern den Luftfahrtindustriestandort Hamburg. *Sie dienen dem Wohl der Allgemeinheit.*[127]

---

122 Gesetz vom 22.03.2020, BGBl. I, S. 640; Inkrafttreten übrigens am 1. April.

123 Gesetz vom 29.12.2023, BGBl. I Nr. 409, S. 37 (als Artikel 13 des „Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes)." Abschließend *Joachim Lege*, Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz. Epitaph auf eine Realsatire, in: Juristenzeitung (JZ) 2025, 149–150.

124 Die Idee stammt von meiner hochgeschätzten Kollegin *Sabine Schlacke*; umfassend *Helen Wentzien*, Infrastrukturvorhabenzulassung durch Gesetz, Baden-Baden 2024.

125 *Ekkehard Reimer*, in: Posser/Wolff/Decker, Beck Online-Kommentar VwGO, Stand 01.01.2013, § 40 VwGO Rn. 91–98 (97) mit weiteren Nachweisen und eigenem Ansatz.

126 Klassische Entscheidung dazu: BVerfGE 74, 264 – Boxberg (1986).

127 Gesetz vom 18.06.2002, Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt (HmbGVBl.) S. 96.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es liegt auf der Hand, dass mit dieser „Regelung" keine Regel *gesetzt* wird, vielmehr wird unter eine schon vorhandene Regel – hier Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG – subsumiert, und dies auch noch in eigener Sache. Das ist ein klarer Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip in Gestalt des Grundsatzes der Gewaltenteilung.[128]

2. Verfassunggebung

Eine ganz besondere Konstellation von Gesetzgebung ist die Ausarbeitung einer Verfassung für einen Staat. Insofern muss man sich zunächst vergegenwärtigen: Verfassungen, wie wir sie heute verstehen, sind eine neuzeitliche Erfindung. Sie dienen dazu, den Staat selbst an das Recht zu binden (*rule of law*), Prototyp ist die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787. 55

Sie ist aus drei Gründen bemerkenswert. Erstens ist sie klar gegliedert in Regelungen über die drei „Gewalten", besser Kräfte (*powers*): Legislative (Kongress, bestehend aus Senat und Repräsentantenhaus), Exekutive (Präsident), Judikative (Supreme Court). Zweitens ist der Haupttext seit der Verabschiedung unverändert geblieben, er wurde lediglich durch Zusätze erweitert (*amendments*). Drittens schließlich gibt es mit den sog. Federalist Papers ein einzigartiges Dokument zur Entstehung dieser Verfassung: Es ist dies eine Serie von 85 Artikeln, die in verschiedenen (Publikums-) Zeitschriften erschienen, um das Volk des Staates New York davon zu überzeugen, der neuen Verfassung und damit der Gründung des Staates „Vereinigte Staaten von Amerika" zuzustimmen. Es ist unglaublich, wie intensiv und fundiert damals argumentiert wurde.[129]

Mittlerweile gibt es aus den USA ein *sung-and-rapped-through* Musical („Hamilton", 2015), es erzählt die Lebensgeschichte des Hauptautors dieser Artikel: Alexander Hamilton (1755/1757–1804). Man weiß in den USA offenbar immer noch, und dies gerade in der nicht-weißen Bevölkerung[130]: *Constitution matters*.

Was heutige Verfassunggebung angeht, so knüpf(t)en sich daran häufig große Hoffnungen, insbesondere in Krisengebieten wie Syrien, Äthiopien oder Südafrika. Insoweit gibt es aus erster Hand[131] einige bemerkenswerte methodische Empfehlungen – gerade auch unter dem Aspekt von Ästhetik und Gelingen: 56

128 *Lege*, Einzelfallgesetz (Fn. 118), Rn. 94–98.

129 *Alexander Hamilton/James Madison/John Jay*, Die Federalist Papers (orig. 1787/88), vollständige Ausgabe, übersetzt, eingeleitet und mit Anmerkungen versehen von Barbara Zehnpfennig, München 2007 (563 Seiten).

130 Der Autor der Musicals, *Lin-Manuel Miranda* (geb. 1980), hat puerto-ricanische Eltern. – Mir ist klar, dass „nicht-weiß" eine fragwürdige Bezeichnung ist. Nichtsdestoweniger spricht man in den USA immer noch von *people of colour* und zählt dazu neben den Schwarzen die Bürger mit lateinamerikanischen Wurzeln.

131 *Eva Maria Belser*, Die Befriedung von Krisengebieten durch das Recht. Einige Gedanken zu den Bedingungen gelingender Verfassunggebung in Zeiten des Aufruhrs, in: Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019, S. 43–63.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In einem ersten Schritt muss den Beteiligten klar gemacht werden, dass Recht nicht bloß ein Mittel für bestimmte Ziele ist. Sondern: *Law matters, Constitution matters*.[132] Recht ist eine besondere Art (Methode!) der Konfliktregelung, und diese besondere Art müssen die Beteiligten ernst nehmen.

57 In einem zweiten Schritt sind dann drei Faktoren entscheidend, damit Verfassunggebung gelingt: Zeit, Druck und Begegnung.[133]

> Zeit: „Es braucht zweifellos Zeit, rote Linien zu definieren und durchzusetzen, Einigungen zu erzielen und jene Kompromisse zu finden, die für eine friedliche Zukunft nötig sind."
>
> Druck: „Es braucht also Druck, der einen inklusiven Prozess garantiert und sicherstellt, dass der Sieger nicht alles gewinnt, sondern den Staat und seine Macht teilt und Mitwirkungsrechte gewährleistet." Denn: „Von Minderheiten werden oft nicht nur Autokraten und Despoten als Gefahren wahrgenommen, sondern auch Demokratien."
>
> Begegnung: „Wenn Konflikte eskalieren, ist es schwierig, zerstörtes Vertrauen in das Gegenüber und die Rechtsordnung wiederaufzubauen. Das aber ist erforderlich. Die Menschen müssen sich begegnen, einander als gleiche oder verwandte Wesen wahrnehmen und die Gegenseite so gut kennenlernen, dass sie sich in sie einfühlen können. Sie müssen, wie das ein unbekannter Apachenkrieger so schön auf den Punkt gebracht hat, mindestens eine Meile in den Mokassins des anderen laufen." Verfassunggebung findet daher oft an abgelegenen Orten statt, wo man sich nicht aus dem Weg gehen kann – oder gar, wie ein Ministerialbeamter, abends nach Hause fahren.
>
> > Auch bei der Verfassunggebung kommen eben die verschiedensten Sinnzusammenhänge zusammen (vgl. § 5 Rn. 40–59, §§ 24–24b und vorhin Rn. 43).

58 Ein sozusagen abschließender dritter Schritt betrachtet dann das Werk „ästhetisch" in seiner Gesamtheit: Ist es gelungen? Insoweit gilt:

> „Schön im eng verstandenen Sinn der Ästhetik braucht eine Verfassung nicht zu sein. Ein Verfassungsrechtsvergleicher hat einmal geschrieben (…), er würde immer, wenn es ihm schlecht geht und er sich deprimiert fühle, die alte Verfassung der Sowjetunion lesen. Sie sei so schön wie ein Gedicht und berühre ihn so, dass ihm jeweils die Tränen kämen. Verfassungen sind aber keine Gedichte, sie sprechen die Sprache der Macht. Zu dichten oder Plattitüden festzuhalten, schafft keinen Frieden, auch wenn der Text noch so schön und kohärent verfasst ist. Vielmehr muss am Schluss der harterrungene Konsens in der Verfassung stehen, ob er nun gefällt oder nicht."[134]

Zudem gilt: Die Verfassung muss zu den Umständen passen, zu Land und Leuten und ihren Welten. Was nützt es, im Irak demokratische Wahlen und Menschenrechte

132 *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 45–48, mit Verweis auf *Alon Harel*, Why Law Matters, Oxford 2014; deutsch: Wozu Recht? Rechte, Staat und Verfassung im Kontext moderner Gesellschaften, Freiburg i.Br. etc. 2018.

133 Zum Folgenden *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 54 ff., 58 f., 60 f.

134 *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 61 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einzuführen, wenn die Interessen der Kurden, der Schiiten und der Sunniten nicht wirklich aufeinander abgestimmt wurden?[135] Man kann sogar sagen:

„Allzu schöne, geradlinige und makellose Texte sind oft verdächtig."

Ein bisschen krumm und schief darf, ja sollte eine Verfassung sein: „verknorkst und verworren, aber robust, erreichbar und nützlich."[136]

3. Outsourcing

Eine dritte Sonderkonstellation der Gesetzgebung betrifft die Arbeitsschritte. Sie kommt in ihrer „starken" Form in Deutschland selten vor, weil Gesetzgebung hier vor allem eine Sache von Politikern und Ministerialbeamten ist (unter denen die Juristen aber, wie es scheint, an Zahl und Bedeutung verlieren). „Outsourcing" von Arbeiten an der Gesetzgebung bedeutet demgemäß: Akteure außerhalb der Ministerien damit zu beauftragen. 59

a) Arten von Outsourcing

Das Outsourcing kann unterschiedlichen Umfang haben. Idealtypisch lassen sich drei Stufen unterscheiden: 60

Stufe 1 ist die punktuelle Heranziehung fremden Sachverstands bei der normalen Gesetzentwurfsarbeit eines Ministeriums.

Stufe 2: Die Zusammenarbeit geht so weit, dass man von der Mitautorschaft Externer am Entwurf sprechen kann. Diese Stufe war anscheinend erreicht bei der Krisengesetzgebung zur Abwendung der Finanzkrise im Jahr 2008.[137]

Stufe 3: Ein Gesetz – oder auch ein Teil eines Gesetzes – wird vollständig außerhalb des Ministeriums konzipiert und formuliert. Dabei könnte man weiter unterscheiden, ob dies im Auftrag des Ministeriums selbst geschieht, im Auftrag anderer Institutionen oder, sozusagen spontan, durch die Betroffenen selbst.

135 Die Verfassung des Irak ist geradezu das Paradebeispiel für misslungene Verfassunggebung, so *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 52–54. Sie wurde von den USA mehr oder weniger oktroyiert, und dies aus amerikanisch-innenpolitischen Gründen.

136 *Belser*, Befriedung (Fn. 131), S. 62 f., mit Hinweis auf den südafrikanischen Krüppelbaum (*Kreupelwood*) und *Immanuel Kants* Ausspruch: „aus so krummem Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimmert werden" (Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht [1784], Sechster Satz, zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band XI, Frankfurt a.M. 1977). – Auf Plattdeutsch darf ich hinzufügen: „'n beetn scheef het Gott leef."

137 Klassisch dazu der Erlebnisbericht des beteiligten Rechtsanwalts *Benedikt Wolfers*, Finanzmarktstabilisierung Oktober 2008: „Gefahrenabwehr" in 48 Stunden, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing, Baden-Baden 2011, S. 161–178.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Bedenken gegen und Gründe für Outsourcing („Ministerialdemokratie")

61 Gegen das Outsourcen von Gesetzen hat die h.M. (herrschende Meinung) auf Stufe 1 keine Bedenken, sehr wohl aber auf den Stufen 2 und 3.[138] Schreckbild sind große Rechtsanwaltskanzleien, insbesondere Wirtschaftskanzleien, die in schwer durchschaubaren Materien Gesetze formulieren, auf deren Grundlage ihre Klientel möglichst ungeschoren bleibt. Dagegen bringt man vor allem in Anschlag: in rechtlicher Hinsicht das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG) und das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG), in tatsächlicher Hinsicht die Gefahr des Machtmissbrauchs durch Wissensvorsprung – und den Hinweis auf eine durch Interessen „verzerrte" Sicht der Materie (zu den *biases* der Wahrnehmung § 35 II-V).

62 Der Hinweis auf *biases* kann allerdings gerade ein Argument *für* Outsourcing sein. Auch die Ministerialbürokratie, auch „die Politik" haben ihre „Verzerrungen" (Machterhalt, Karrieredenken), da kann es nicht schaden, eine unbefangenere Sicht einzubinden. Das Demokratieprinzip ist entgegen dem ersten Anschein wenig ergiebig: Zwar gibt es die berühmte Theorie der „Legitimationskette"[139]: Das Volk – gemeint: das Staatsvolk – übt seine Gewalt aus durch die Wahlen zum Bundestag, der Bundestag setzt die Regierung ein, genauer: wählt den Kanzler oder die Kanzlerin, diese kürt die Ministerinnen und Minister, und deren schon recht gefiltert-demokratische Legitimation sickert gleichsam nach unten in den Beamtenapparat der Ministerien. Im Ergebnis ist das ein sehr exekutiv-lastiges Demokratieverständnis – wie überhaupt die sehr enge Verbindung des Legislativorgans Bundestag mit dem Exekutivorgan Bundesregierung – und damit auch mit den Bundesministerien – vielleicht weniger demokratisch ist, als man sich das zu denken angewöhnt hat.

> In dem klassischen Sammelband zum Gesetzgebungsoutsourcing findet sich im Beitrag des damaligen Leiters der Abteilung „Parlament und Abgeordnete" in der Verwaltung des Deutschen Bundestages der klassische Druckfehler: „**Ministerialdemokratie**".[140]

63 Betrachtet man hingegen die Demokratie „von unten", aus Sicht der Leute (*the people*) vor Ort[141], spricht gar nichts dagegen, die dort vorhandene Sachkunde zu nutzen, um Regeln zu entwerfen, die eben dort befolgt werden sollen: Demokratie ist, mit Abraham Lincoln (1809–1865), *government „of the people, by the people, for the people"*. Derartige Regeln hätten von Hause den Vorteil, näher am „Empfängerhorizont"[142] derjenigen zu

---

138 Erste Radikalkritik: *Julian Krüper*, Lawfirms - legibus solutus?, in: JZ 2010, S. 655–662; sodann die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 07.07.2011: https://www.bundestag.de/resource/blob/421918/665b1eac2b378f4030ca1ef5dd245159/wd-3-229-11-pdf-data.pdf.

139 Klassisch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, Heidelberg 1987, § 22 Rn. 11; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, Heidelberg 1987, § 30 Rn. 15; in seiner Zeit als Verfassungsrichter umgesetzt in BVerfGE 83, 60 (72 f.) – Ausländerwahlrecht II/Hamburgische Bezirksversammlungen (1990).

140 *Horst Risse*, Verfassungsrechtliche und politische Grenzen des Gesetzgebungsoutsourcing, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing, Baden-Baden 2011, S. 109–122 (110).

141 Klassisch *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis (StWStP) 1994, S. 305–330.

142 Für Nicht-Juristen: Im Zivilrecht sind Willenserklärungen – z.B. ein Vertragsangebot oder eine Kündigung – nach dem Empfängerhorizont des Adressaten auszulegen, also so, wie er sie verstehen musste.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein, die ihnen unterworfen sind. Selbstverständlich müssen sodann die Ministerialdemokratie und die Politik die auswärtigen Entwürfe prüfen und billigen. Dabei können sie sich auch gegen die Gefahr, von fremder Sachkunde überrollt zu werden, wappnen – am besten dadurch, dass sie Alternativ-Entwürfe in Auftrag geben, vielleicht sogar Entwürfe von völlig Unbefangenen, sagen wir: von politisch ungebundenen Jura-Professoren.

> Völlig unergiebig ist das Rechtsstaatsprinzip. Dies selbst dann, wenn man aus ihm ein Rationalitätsgebot ableitet, gemäß dem staatliche Entscheidungen „möglichst richtig" getroffen werden sollen, was dann der Fall sei, wenn sie von den Organen getroffen werden, die dazu nach ihrer Organisation, Zusammensetzung und Verfahrensweise am besten geeignet sind.[143] Erstens ist im politischen Prozess das, was „richtig" ist, nicht objektiv festzustellen. Zweitens muss man fragen, ob die hohe Konzentration aller Gesetzgebungsarbeit bei den Ministerien wirklich die beste Gewähr für Richtigkeit bietet, zumal drittens der kurze Draht von oben jederzeit sachlich Richtiges durch politisch Erwünschtes ersetzen kann – mehr und mehr sogar für Abwegiges.[144]

VI. Fazit: Mehr Respekt vor dem Recht!

Nach allem drängt sich folgende Überlegung auf: Gesetze – gemeint: staatliche Gesetze – sind zuvörderst *Recht*stexte – nicht politische Texte oder gar moralische Texte. **Rechtstexte** sollten nun am besten von Menschen geschrieben werden, die professionell am meisten damit zu tun haben – „vor Ort" damit zu tun, nicht in Talk-Shows oder auf der Wahlkampfbühne. Dies gilt nicht nur für das Formale, sondern gerade auch für die Inhalte der Gesetze: Welche Regeln rechtlich richtig sind, das entscheidet man in komplexen Gesellschaften nicht auf dem Basar von Koalitionsverhandlungen, sondern indem auch Fachleute des Rechts die zu regelnde Materie durchdenken, verschiedene Regeln gedanklich durchprobieren, aufeinander abstimmen und sauber formulieren. 64

> Und vor allem: das Ganze mit den interessierten Kreisen **von Anfang an auch** in der Sprache des Rechts, also juristisch, diskutieren.[145] Die Vorstellung, man könne erst alle Probleme lösen, und dies müsse nur noch in Paragraphen gegossen werden (Rn. 20 mit Fn. 69), ist schlicht naiv – jedem Sprach- und Kommunikationswissenschaftler dürften sich die Haare sträuben.[146] Kurz, man muss die Problemlösungen von Anfang an so formulieren, wie sie später – als Regel – Gesetz werden könnten. Nur so können auch Nichtjuristen von Anfang an merken, wo etwas „hakt".

Wenn sich dann am Ende (Ende!) trotz aller Mühe kein Konsens darüber einstellt, was „inhaltlich richtig" ist, muss man halt abstimmen – sei es über einen, sei es über

143 Im Anschluss an BVerfGE 68, 1 (86) – Atomwaffenstationierung (1984); dort aber ein *obiter dictum*!

144 Ich wiederhole: Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz, Strafrahmen für Kinderpornographie. (Rn. 3, 52). – Zu Peter Nolls Zeiten war es wohl noch anders, siehe oben im Text Rn. 46.

145 Sonst sitzt man einer Illusion auf, siehe *Bernd Mertens*, Allgemeinverständliche Gesetze – ein Mythos?, in: *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder mehrere Methoden?, Tübingen 2020, S. 111–123.

146 Ein Meilenstein: *Friedemann Vogel/Fabian Deus/Janine Luth/Joline Schmallenbach/Ekkehard Felder*, Gesetzesverständlichkeit aus rechtslinguistischer Perspektive, Berlin 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mehrere Entwürfe. In dieser Weise ist Demokratie, wie Bernd Rüthers gesagt hat, „Ersatz für Wahrheit".

65 Noch einmal anders gewendet: Demokratie darf kein Ersatz für schlechtes Handwerk sein. Daher sollte man im Prozess der Gesetzgebung schon mit dem Arbeitsschritt Nr. 2 – Erster Entwurf/Erste Entwürfe – nicht einen einzigen armen Berufsanfänger betrauen (so liest sich die „Handreichung für neue Legisten und Legistinnen" des BMJ[147]), dem man alles Inhaltliche genau vorgibt.[148] Für den Arbeitsschritt Nr. 4 – Endgültiger Entwurf – sollte man zudem eine „Juristenkommission" einsetzen, die sich in Klausur begibt und anhand der ausgehandelten roten Linien und Kompromissmöglichkeiten einen in sich stimmigen Text entwirft. Diese Juristen wären vor allem gezwungen, sich mehr Gedanken darüber zu machen, was rechtlich *möglich* als was rechtlich nicht möglich ist.

Salopp gesagt: Lasst doch mal die Juristen machen! Gebt ihnen dabei auch die Zeit, die Qualitätsarbeit nun einmal braucht. Und wenn sie dann ihren Entwurf – *ihren* Entwurf – verteidigen müssen, vielleicht sind sie dann gar nicht so schlecht.

VII. Zum Schluss: Machiavelli, Rousseau, Montesquieu

66 Wir haben den „Ausblick" der NJML auf die Gesetzgebungslehre mit einem Klassiker begonnen: Aristoteles und die *iustitia legalis*, kurz: Regelgerechtigkeit. Wir wollen ihn nun mit drei weiteren Klassikern beenden.

Der erste ist, wenn man so will, der Experte für Machtpolitik schlechthin: Niccolò Machiavelli (1469–1527). Er hat in dem posthum (1532) erschienenen Werk *Il Principe* (Der Fürst) mit humanem Spott analysiert, wie man in einem Staat (*lo stato*) die Herrschaft erringt und behauptet – und dabei hervorgehoben: Das Wichtigste in einem Staat sind gute Gesetze und ein gutes Heer.[149] Leider hat er zu den Gesetzen dann nichts mehr gesagt.

Nebenbei: Die Bezeichnung „Staat" für das umfassende Gemeinwesen geht auf Machiavellis *lo stato* zurück. Zuvor sagte man *civitas*, *res publica, regnum, imperium*.

67 Mehr findet sich bei Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) – er ist einer der großen Klassiker zur Idee von Menschenrechten und Demokratie, Hauptwerk insoweit: *Du contrat social; ou, principes du droit politique* (Vom Gesellschaftsvertrag; oder: Prinzipien des Rechts [!] der Politik [!]), erschienen 1762. Das Werk muss man mit einer gewissen Vorsicht genießen, insbesondere die Aussage, dass der sogenannte Gemeinwille nicht irren könne[150] und dass diejenigen, die ihn nicht teilen, zu ihrem Glück gezwungen werden müssen[151] (Gemeinwille -*volonté générale* – ist eben nicht *volonté de tous*: Wille aller[152]).

147 Siehe Rn. 29 mit Fn. 87.

148 Siehe nochmals das unsägliche McKinsey-Video (Fn. 69).

149 *Niccolò Machiavelli*, Il Principe/Der Fürst (1513), italienisch/deutsch, Stuttgart 1991, Kapitel XII.

150 Vielleicht ist dies in etwa dasselbe wie der Spruch von Bernd Rüthers: „Demokratie ist der Ersatz für Wahrheit" – eine absolute Wahrheit, die in Nicht-Demokratien eine einzige Macht für sich in Anspruch nimmt.

151 *Jean-Jacques Rousseau*, Gesellschaftsvertrag (orig. 1762), Stuttgart 1983, Buch II Kapitel 4, Buch I Kapitel 6.

152 *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag (Fn. 151), II 3.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das kann man nur ertragen, wenn man den Gemeinwillen als ein regulatives Ideal versteht (§ 30 III), das sich nur unter bestimmten Voraussetzungen verwirklichen lässt. Und dies ist nun bei Gesetzen die *Allgemeinheit* ihres Gegenstands.[153] Gesetze dürfen nicht dazu dienen, spezielle Interessen zu befriedigen, sie müssen eine allgemeine Regel setzen.

Wir haben gesehen, dass sich dies im Grundgesetz wiederfindet als Verbot von Einzelfallgesetzen (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG). Und man kann vielleicht formulieren: Allgemein sind Konflikte, Ziele sind individuell.

Wo dies nicht der Fall ist, wo also keine *allgemeine* Regel gesetzt wird, da wird – 68
hiermit zum dritten Klassiker –, das Gebot der Gewaltenteilung verletzt. Akte der Legislative, die Einzelfälle regeln, sind eben „materiell" keine Gesetze, sondern Akte der Exekutive (Verwaltung und Regierung) oder auch einmal der Jurisdiktion.[154] Wo aber, so Montesquieu (1689–1755), die Trennung von Legislative, Exekutive und Judikative nicht eingehalten wird, da gibt es „keine Freiheit".[155]

Anders gewendet: Wo Gesetzgebung nur der verlängerte Arm der Exekutive ist, da machen die Herrschenden, was sie wollen.

153 *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag (Fn. 151), II 6, S. 40: „Ich habe schon gesagt, dass es in Bezug auf einen einzelnen Gegenstand keinen Gemeinwillen gibt."

154 Man könnte auch Todesurteile in Gesetzesform erlassen.

155 *[Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et] Montesquieu*, De l'Esprit des Lois (1748), dt. Vom Geist der Gesetze, übersetzt von Ernst Forsthoff, Tübingen 1992, Buch XI Kapitel 6 (überschrieben übrigens mit „Von der Verfassung Englands").

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 39 Juristische Meta-Diskurse

1 Der Fünfte Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) enthält nur noch „Ausblicke". Dies betraf zunächst ganz „praktisch" die Gesetzgebungslehre (§ 38) und die Rechtsberatungslehre (§§ 37–37c) – zwei Felder, auf denen die außeruniversitäre Jurisprudenz weitgehend unter sich ist. Im Folgenden soll es nun um ein „theoretisches" Feld gehen, genauer: um ein Feld, das ganz überwiegend von der akademischen Jurisprudenz, kurz: von Universitätsprofessoren (und solchen, die es werden wollen) beherrscht wird. Ich will es nennen: Juristische Meta-Diskurse, und es muss hier wirklich bei einem „Ausblick" bleiben.

* * *

2 Was ist ein Meta-Diskurs? Ein Diskurs ist eine Auseinandersetzung mit Argumenten, und altgriechisch *metá* bedeutet nicht nur „hin … zu" (wie in Met-hode[1]), sondern auch „hinter" (wie in Meta-physik[2]).

Unter juristischen Meta-Diskursen verstehe ich daher rechtswissenschaftliche Auseinandersetzungen, die sich „hinter" (griechisch: *metá*) der juristischen Dogmatik abspielen, die also nicht den Anspruch erheben, bestimmte Rechtsfragen mit dem Anspruch auf Richtigkeit zu klären (was praktisch bedeutet: eine rechtliche Entscheidung zu rechtfertigen oder eben nicht). Meta-Diskurse stellen vielmehr die Frage, ob die Art und Weise, wie man zur Klärung von Rechtsfragen kommt, richtig ist – „richtig" in welcher Hinsicht und aus welchen Gründen auch immer. In gewisser Weise ist daher schon eine ganz handwerkliche Methodenlehre wie die herrschende Lehre zu Auslegung, Subsumtion etc. ein Meta-Diskurs.

Allerdings gibt es dann, einen weiteren Schritt „dahinter", weitere Diskurse über Methode und Methodenlehren – etwa mit der Frage, inwieweit das juristische Handwerk so etwas wie rechtliche Richtigkeit produziert und welche Rolle dabei Logik, Wertung und Ästhetik spielen. In diesen Meta-Diskurs gehört auch die Neue Juristische Methodenlehre (NJML), aber nicht nur: Sie will auch ganz handfest-dogmatische Aussagen darüber treffen, ob eine Entscheidung juristisch falsch ist, weil methodisch nicht vertretbar.

3 Die höchste Stufe von Meta-Diskurs ist erreicht, wenn man die sozusagen Hintergrundvorstellungen aufzudecken versucht, die „hinter" dem Recht und seiner Methode stehen – die „Paradigmen" (§ 20), die *Biases* und *Frames* (§ 35), die „wahren Interessen" und die „wirklichen „Aufgaben" des Rechts und seiner Methode(n). Insoweit gibt es einige klassische Meta-Diskurse (I) und einige aktuelle Strömungen (II).

I. Traditionelle Meta-Diskurse

4 Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) kann den traditionellen Meta-Diskursen in diesem abschließenden Ausblick auch nicht annähernd gerecht werden (siehe dazu schon § 1 Rn. 18–32). Genannt werden müssen sie trotzdem.

1 Übersetzt: der Weg hin zu etwas.
2 Übersetzt: was hinter der Natur (*physis*) ist.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz

Hinter dem klassischen Gegensatz von Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz steht die Vorstellung von einem relativ klaren „Innen" und „Außen" des Rechts. Die Begriffsjurisprudenz[3] ist dann der Auffassung, dass Rechtsfragen allein „intern" mit Hilfe von Rechtsbegriffen entschieden werden sollten – oder sagen wir allgemeiner: mit rechtlichen Kategorien, nicht etwa politischen oder wirtschaftlichen. Die Interessenjurisprudenz[4] meint hingegen, das Recht müsse dazu dienen, die wirklichen Konflikte „da draußen" zu regulieren, und dies seien nun einmal Interessenkonflikte. Natürlich haben beide Seiten Recht, und am schönsten hat das vielleicht Niklas Luhmann (1927–1998) auf dem Punkt gebracht: 5

> „All das heißt schließlich, dass das Verhältnis von Selbstreferenz und Fremdreferenz im Rechtssystem neu geordnet werden muss. Das geschieht Ende des 19. Jahrhunderts in der merkwürdigen Form einer Kontroverse, die, wie der historische Rückblick heute zeigt, gar keine Kontroverse war. Für Selbstreferenz steht ‚Begriffsjurisprudenz'. Für Fremdreferenz steht ‚Interessenjurisprudenz'. Und selbstverständlich arbeiten beide Orientierungen, wenn ihnen der Gesetzgeber Zeit dazu lässt, Hand in Hand. Es handelt sich um zwei Seiten einer Form."[5]

Die NJML würde schlicht sagen: Bei allen rechtlichen Entscheidungen kommen immer zusammen der Sinnzusammenhang des Rechts[6] und all die vielen nicht-rechtlichen Sinnzusammenhänge. Und natürlich die Sinnzusammenhänge „Logik" (§§ 3–12) und „Ästhetik" (§§ 31–34), die beides zusammenbringen. 6

2. Topik und Freirechtsschule

Bereits auseinandergesetzt haben wir uns mit der Topik und ihrer Entgegensetzung von Problemdenken versus Systemdenken (§ 15c Rn. 34–38).[7] Es ist eine Lehre, die in den 1950er Jahren recht kühn skizziert worden war und im Grunde die Zunft der Juristen in ihrer Selbstzufriedenheit ein wenig aufmischen wollte: Macht euch bitte nicht vor, ihr könntet mit „axiomatischer" Rationalität aus dem Gesetz die richtigen Lösungen „ableiten". Das Wahre ist die Einzelfallgerechtigkeit, und da helfen uns, wenn 7

3 Als Hauptvertreter gilt Georg Friedrich Puchta (1798–1846), der sich selbst allerdings nie so bezeichnet hat; zu seiner Verteidigung: *Joachim Bohnert*, Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas, Karlsruhe 1975; *Hans-Peter Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz", Frankfurt a.M. 2004. Den Terminus „Begriffsjurisprudenz" hat erstmals wohl *Rudolf von Jhering* (1818–1892) verwendet: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig 1884, S. 337.

Auch Bernhard Windscheid wird gelegentlich der Begriffsjurisprudenz zugeordnet, siehe *Ulrich Falk*, Der Gipfel der Pandektistik: Bernhard Windscheid (1817–1892). Windscheid, Jhering und die Begriffsjurisprudenz, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 129–150.

4 Hauptvertreter: Philipp Heck (1858–1943); zu ihm *Heinrich Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001; *Heinrich Schoppmeyer*, Durchreflektierte Methode. Die Interessenjurisprudenz Philipp Hecks, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 189–207. – Knapp und prägnant nach wie vor *Johann Edelmann*, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, Bad Homburg vor der Höhe 1967.

5 *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Zweiter Teilband, Frankfurt a.M. 1997, S. 976.

6 Zum Begriff Sinnzusammenhang § 5 II Rn. 40–59 und öfter.

7 Hauptwerk: *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, München 1953, 5. Aufl. 1974.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Gesetz nicht passt, nur gute Einfälle. Und gute Einfälle liefern uns die „Topoi" – allgemeine Gesichtspunkte wie Vertrauensschutz, „Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen", Verhältnismäßigkeit und so weiter.

In ähnlicher Weise hatte schon die sogenannte Freirechtsschule[8] den Akzent auf die Einzelfallgerechtigkeit gesetzt, im Gegensatz zu einer erbarmungslosen Systemkonsequenz.

8 Für die NJML liegt für das Verhältnis von „Gesetz und Einzelfall" auf der Hand: In jeder rechtlichen Entscheidung – wirklich jeder – kommt es an auf das Zusammenspiel von Regel, Fall und Ergebnis. Es spricht viel dafür, Regeln zu befolgen und sie nicht leichtfertig abzuwandeln oder gar zu konterkarieren. Es spricht auch viel dafür, Regeln zu systematisieren, weil man nur so Wertungswidersprüche vermeiden kann. Manchmal spricht aber auch viel dafür, sich angesichts eines konkreten Falls etwas Neues einfallen zu lassen, um ein besseres, gerechteres, ja schöneres Ergebnis zu erhalten.

All dies haben wir in den §§ 15 bis 29 im Einzelnen entfaltet, zudem in den §§ 33 und 34 näher bestimmt, was man sich in der Jurisprudenz unter „schöner" vorstellen darf: „Gelungenheit".

9 Hinzuzufügen bleibt auch hier: „Sich etwas Neues einfallen zu lassen" ist kein Einfallstor für unhintergehbare, also nicht weiter kritisierbare „Wertungen", die man zu haben hat (und als Jurist schon von Berufs wegen hat). Alle Wertungen kommen vielmehr auf logischem Weg in das juristische Denken hinein, genauer: im Wege der Abduktion – sei es vom Fall her, von der Regel her oder vom Ergebnis her (§ 6 III).[9] Sodann werden sie im juristischen „System 2" (§ 35) so lange kritisch durchgeknetet, bis man einen stimmigen VJS (Vollständigen Juristischen Syllogismus) beisammen hat – sagen wir ruhig: bis man *seinen persönlichen* VJS beisammen hat: den Syllogismus, der uns besser gefällt.

Von woher dann die Einfälle gekommen sind – griechisch *tópos* heißt wörtlich „Ort[10] –, das spielt keine Rolle.

3. Positivismus – welcher Positivismus?

10 Der wohl traditionellste aller juristischen – und auch einiger nicht-juristischer[11] – Meta-Diskurse ist der Diskurs um den Positivismus („Gesetz ist Gesetz"[12]). Die NJML kann dazu in aller Kürze nur sagen:

---

8 Hauptvertreter: Hermann Kantorowicz (1877–1940) und Ernst Stampe (1856–1942); dazu *Shu Perng Hwang*, Richterliche Bindung und Freirechtsbewegung: Ernst Stampe, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 173–188.

9 Empirische Studie dazu: *Ralf Kölbel/Thorsten Berndt/Peter Stegmaier*, Abduktion in der justiziellen Entscheidungspraxis, in: Rechtstheorie (RTh) 32 (2006), S. 85–108.

10 Eine annähernd gute Übersetzung in diesem Kontext war früher auch „Gemeinplatz". Der Begriff dürfte allerdings heute nicht mehr allgemein geläufig sein.

11 Berühmt *Jürgen Habermas*, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 9 (Hervorhebung im Original): „Dass wir Reflexion verweigern, *ist* der Positivismus."

12 So die Kurzformel von *Gustav Radbruch*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), wiederabgedruckt in: Rechtsphilosophie. Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg 2003, S. 209 f. – Der dahinterstehende Vorwurf, der Positivismus habe den Nationalsozialis-

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Alle Jurisprudenz ist insofern *positivistisch*, als sie von bestimmten „Setzungen" ausgeht (lateinisch *ponere* heißt „legen, setzen, stellen"), die für sie als Recht letztverbindlich[13] sind – wir nennen sie autoritative Rechtstexte (§ 14 Rn. 22). Alle Jurisprudenz ist insofern *nicht-positivistisch*, als autoritative Rechtstexte – wie alle Texte – kritisiert werden dürfen: Sie verstehen und begründen sich nicht von selbst, sie stellen auch nicht selbst den Bezug zu den nicht-rechtlichen Sinnzusammenhängen her, für die sie geschaffen wurden („Lebenswirklichkeit"). Und sie können nicht selbst entscheiden, ob ihr Inhalt (ihre Aussagen) Sinn oder Unsinn ist.

Man denke an das Kamel, das durchs Nadelöhr geht (§ 6 Rn. 55–59).

In Wahrheit geht es bei der Frage „Positivismus ja oder nein" also ganz allein um die Frage, wie ernst man den Urheber eines autoritativen Textes nimmt – insbesondere den Staat als Gesetzgeber.[14] Mit schlechten Gesetzen kann man keine gute Jurisprudenz machen.[15] 11

Im Übrigen habe ich den Studenten immer geraten: Wenn jemand zu Ihnen sagt „Sie sind ein Positivist", dann fragen Sie: „Was meinen Sie damit?" Einen Gesetzespositivismus inklusive Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung? Einen Rechtssprechungspositivismus (derzeit die gängige Praxis)? Einen Positivismus, der auf der Trennung von Recht und Moral besteht (ich bin dabei) und daraus schließt, Gerechtigkeit sei keine Frage des Rechts[16] (ich bin dagegen)?[17]

Mit der NJML im Hintergrund kann man zudem ein Pro und Contra inszenieren. Dann sagt der Positivismus: Es gibt kein höheres Recht als das autoritativ gesetzte Recht; insbesondere keine höheren, dem Recht vorgegebenen Werte. Der Nicht-Positivismus sagt: Das *von wem auch immer* autoritativ gesetzte Recht ist nicht das höchste Recht (*summum ius summa iniuria*) – es kann auch einmal Unrecht haben.[18] Man denke an den Türkischen Onkel (§ 27 Rn. 20–25).

Nebenbei: Dass der Begriff „Rechtsquelle" wirklich keine gute Metapher ist, haben wir erwähnt. Es gibt „autoritative Rechtstexte" – *nothing more pretentious*.

---

mus begünstigt, ist mittlerweile widerlegt. Ganz im Gegenteil haben die Nicht-Positivisten dem NS Vorschub geleistet.

13 Natürlich können sie aber höherrangigem Recht widersprechen.

14 Der klassische „Methodenstreit" der Weimarer Zeit war auf Seiten der Nicht-Positivisten geprägt von Misstrauen gegen die Demokratie.

15 So schon *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, §§ 35–37 (S. 222–240): Unterscheidung von „gesunden" und „mangelhaften" Gesetzen.

16 Klassiker: *H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus) Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral (1957), in: Recht und Moral. Drei Aufsätze, Göttingen 1971, S. 14–57 (51 und öfter): Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte; *H. L. A. Hart*, The Concept of Law, Oxford 1961, deutsch: Der Begriff des Rechts. Mit dem Postskriptum von 1994 und einem Nachwort von Christoph Möllers, Berlin 2011.

17 Siehe auch *Joachim Lege/Philip Rusche*, Staatsrechtlicher Positivismus: Eduard Hubrich (1864–1921), in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 253–269 (255–260, 268).

18 Mit Luhmann: Es widerspricht dem Recht, wenn es eine Position gibt, die immer Recht hat.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

12 Eine Sonderform des Positivismus, geradezu ein Hyperpositivismus, ist schließlich die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen (1881–1973).[19] Auch sie besteht mit Recht auf einer klaren Trennung von Aussagen des Rechts und nicht-rechtlichen Aussagen politischer und/oder moralischer Art. Unrecht hat sie insofern, als sie so etwas wie rechtliche Richtigkeit (§ 30) explizit leugnet.[20]

Zu Kelsen und zur Reinen Rechtslehre gibt es ganze Bibliotheken.[21]

4. Recht und Sprache, Rechtslinguistik, Semiotik

13 Weniger kontrovers als die bisher genannten Meta-Diskurse verläuft ein Meta-Diskurs, den man am besten als juristische Sprachphilosophie (oder sprachphilosophische Jurisprudenz) bezeichnen kann. In seinen Umkreis gehört die sogenannte Strukturierende Rechtslehre im Umkreis von Friedrich Müller (geb. 1938) und seinem Schüler Ralph Christensen (geb. 1953), die sich allerdings auch und sogar vornehmlich als Methodenlehre versteht[22] – wir haben sie in § 1 Rn. 26 schon erwähnt.

Ursprünglich aus der Mainzer Rhetorikschule (§ 32 Rn. 9–11) kommt Thomas-Michael Seibert (geb. 1949), er hat sich später vor allem von der Semiotik prägen lassen, also der Wissenschaft von den Zeichen.[23] Sehr bemerkenswert sind zudem die Arbeiten von Kent D. Lerch (geb. 1963),[24] insbesondere drei von ihm herausgegebene Bände zur

19 Hauptdokument: *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien 1934; gut erhältlich als Studienausgabe, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008.

20 *Joachim Lege/Zai Wang Yoon*, Recht als Recht und Recht als Politik: Bierling, Heck und Hans Kelsen, in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945, Tübingen 2009, S. 443–461 (459 f.).

21 Zuvörderst zu nennen: *Hans Kelsen*, Werke, hrsg. von Matthias Jestaedt, Bände 1 bis 8, Tübingen 2007–2022 (längst noch nicht abgeschlossen); sodann: *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers, 2. Aufl., Tübingen 2021; außerdem: *Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer*, Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 27.-29. September 2018 in Freiburg im Breisgau, ARSP-Beiheft 163, Stuttgart 2020; schließlich: *Horst Dreier*, Hans Kelsen zur Einführung, Hamburg 2023.

22 *Friedrich Müller*, Juristische Methodik, Berlin 1971; neueste Auflagen: *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013; Band 2: Europarecht, 3. Aufl., Berlin 2012. – Meine Sicht: *Joachim Lege*, Rezension: Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, 8. Aufl. 2002, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 129 (2004), S. 466–469.

23 *Thomas-Michael Seibert*, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, Berlin 1996; *Thomas-Michael Seibert*, Die Lehre vom Rechtszeichen. Entwurf einer allgemeinen Rechtslehre, Berlin 2017.

24 Gewissermaßen die Summe: *Kent D. Lerch*, Lesarten des Rechts. Sprache und Medien der Jurisprudenz, Berlin 2008. Generalkritik an den herrschenden Methodenlehren auf S. 15: „Da der real existierende Methodensynkretismus nur eine unstrukturierte Sammlung von Instrumenten liefert und fast alle wichtigen Bestandteile der Entscheidungssituation ausklammert, bleibt er gegenüber der Aufgabe einer Entscheidung sozialer Probleme unterkomplex." – Synkretismus: Ideologie des Zusammengemischten, von altgriechisch *syn* und *keránnymi* (daher auch der *kratér* = Mischkrug).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sprache des Rechts.[25] Dies gilt auch für einen von der Germanistin Ulrike Haß-Zumkehr (geb. 1954) herausgegebenen Sammelband.[26]

5. Die Rezeption von Diskurstheorie (Habermas) und Systemtheorie (Luhmann)

Nicht eigentlich ein juristischer Meta-Diskurs über das Recht, sondern gerade eine Infiltration aller juristischen Meta-Diskurse ist schließlich die Rezeption der zwei führenden deutschen, aber auch weit über Deutschland hinaus rezipierten „Gesellschaftstheorien" der zweiten Hälfte des 20. Jahrhundert. Gemeint sind aus der Fachphilosophie die Diskurstheorie von Jürgen Habermas (geb. 1929), aus der Soziologie[27] die Systemtheorie von Niklas Luhmann (1927–1998). 14

Für die Rezeption der Diskurstheorie in der Jurisprudenz steht vor allem Robert Alexy (geb. 1945). Er hat aus ihr eine – normativ zu verstehende – „Theorie der juristischen Argumention" abgeleitet, die heftig diskutiert wurde, und zwar weltweit.[28] Gegen diese Theorie spricht vor allem, dass Rechtsdiskurse gerade nicht, so wie Habermas es entwirft, „herrschaftsfrei" sind. Daher ist sehr fraglich, ob diese Theorie der Praxis gerecht wird.

> Allenfalls, so wird man sagen können, wenn man den idealen Diskurs als ein „Ideal" im Sinn einer *regulativen* Idee versteht (vgl. § 30 III und schon § 5 Rn. 70, 82 f.).

Der Einfluss Luhmanns auf die Jurisprudenz lässt sich nicht an einigen wenigen Namen festmachen – die erste Wahl wären Gunther Teubner (geb. 1944),[29] Udo Di Fabio (geb. 1954)[30], Martin Schulte (geb. 1959)[31] und Thomas Huber (geb. 1971)[32]. Der Einfluss besteht vielmehr ganz immens vor allem in der Breite: Luhmann dürfte ein ganze Juristengeneration (mit-)geprägt haben. Dies liegt nicht zuletzt wohl daran, dass er selbst ein gelernter Jurist und deshalb in drei frühen Werken für die Rechtswissenschaft 15

25 *Kent D. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts Band 1: Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, Berlin 2004; *Kent D. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts Band 2: Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Berlin 2005; *Kent D. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts Band 3: Recht vermitteln. Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht, Berlin 2005.

26 *Ulrike Haß-Zumkehr* (Hrsg.), Sprache und Recht, Berlin etc. 2002 – eine Publikation des Instituts für deutsche Sprache –; u.a. mit einem Beitrag von *Hans Hattenhauer* zum sprachlichen Umgang mit dem Begriff „Rechtsstaat", insbesondere von Seiten Roland Freislers.

27 Ehrlich gesagt halte ich Luhmann gar nicht für einen Soziologen, sondern für einen Philosophen. Unstreitig dürfte sein, dass er wirklich empirisch nie gearbeitet hat.

28 *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt a.M. 1978.

29 Insbesondere *Gunther Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989.

30 Insbesondere *Udo Di Fabio*, Offener Diskurs und geschlossene Systeme. Das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft in argumentations- und systemtheoretischer Perspektive, Berlin 1991 (seine sozialwissenschaftliche Dissertation).

31 Vor allem *Martin Schulte*, Eine soziologische Theorie des Rechts, Berlin 2011; besonders pointiert schon *Martin Schulte*, Begriff und Funktion des Rechts der Gesellschaft. Eine Selbst- und Fremdbeschreibung des Rechtssystems, in: Manuel Atienza/Enrico Pattaro/Martin Schulte/Boris Topornin/Dieter Wyduckel (Hrsg.), Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 767–789.

32 *Thomas Huber*, Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns, Berlin 2007 – ohne Zweifel die umfassendste Darstellung.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sehr „anschlussfähig" war (ein Begriff aus der Systemtheorie): „Grundrechte als Institution" (1965)[33], „Legitimation durch Verfahren" (1969)[34], „Rechtssoziologie" (1972)[35]. Es liegt aber auch daran, dass seine Theorie gerade nicht „nett" und leicht anwendbar sein will, sondern bewusst sperrig den Blick auf das Recht und die Gesellschaft verfremdet – und damit irreversibel verändert. Luhmann kann man nicht lesen, zu Luhmann muss man eine Beziehung aufbauen.[36]

16 Dies gilt besonders im Hinblick auf Luhmanns „dritte Phase", in der er seine Systemtheorie zur Theorie autopoietischer Systeme fortentwickelt – das Werk heißt „Soziale Systeme" (1984).[37] Grob gesagt: Die klassische Systemtheorie unterschied bei Systemen zunächst „Teil und Ganzes" (erste Phase), sodann „System und Umwelt" (zweite Phase), beides sind aber noch Außenperspektiven. Versetzt man sich aber in ein System hinein, das sich selbst (*autós*) immer wieder neu produziert (*poieín*) – ein Organismus, eine Psyche, eine Gesellschaft –, und beschreibt dies dann wieder von außen, dann lautet die Unterscheidung: „Selbstreferenz und Fremdreferenz". Salopp gesagt: Dies bin ich und das da die Außenwelt. In dieser Weise kann man dann auch das Recht als „autopoietisches System" beschreiben; Alles, was das Recht „tut"[38], bezieht sich sowohl auf das Recht selbst als auch auf etwas anderes.

Eben deshalb gibt es ja auch keine „Kluft" zwischen Rechtsnorm und Lebenswirklichkeit (schon § 5 Rn. 47–49).

Nebenbei: Natürlich haben nicht *alle* Juristen zu Luhmann eine „Beziehung" aufgebaut, schon gar nicht zum Luhmann der Phase 3. Aber gehört haben von Luhmann wohl fast alle, zumindest in Stichworten („Final- und Konditionalprogramm", „Funktionssystem", „Legitimation durch Verfahren"). Manche Kollegen – darunter Rechtstheoretiker hohen Rangs! – lehnen Luhmann aber auch sehr vehement ab.

17 Auch die NJML ist durchaus geprägt von Luhmann, mehr aber noch von Charles Sanders Peirce (1939–1949), dem Begründer der Philosophie des Amerikanischen Pragmatismus (oder wie er selbst ihn nennen wollte: Pragmatizismus).[39]

---

33 Erscheinungsort: Berlin.

34 Erscheinungsort: Neuwied.

35 Erscheinungsort: Reinbek bei Hamburg in der Reihe „rororo Studium/Rechtswissenschaften" – dieselbe Reihe, in der auch Peter Nolls „Gesetzgebungslehre" (1973) erschienen ist, siehe § 38 Rn. 5 f. et passim.

36 *Joachim Lege*, Niklas Luhmann und das Recht. Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft, in: Christina Gansel (Hrsg.), Zu Aspekten der Systemtheorie in den Fachwissenschaften, Göttingen 2011, S. 33–51; auch schon *Joachim Lege*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man als Jurist Rechtsphilosophie? Ein systemtheoretischer Versuch, in: Rolf Gröschner/Martin Morlok (Hrsg.): Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs (ARSP-Beiheft 71), Stuttgart 1997, S. 83–104.

37 Erscheinungsort: Frankfurt a.M. in der Reihe „suhrkamp taschenbuch wissenschaft", übrigens mit der laufenden Nummer 666.

38 Luhmannianer würden Wert darauf legen, dass Luhmann nur von „Kommunikationen" spricht, im Recht von solchen, die dem binären Code „Recht/Unrecht" folgen. Luhmann hat aber auch zugegeben, dass seine Beschreibung der Welt ein bisschen Handlungstheorie gut vertragen könnte.

39 *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, Tübingen 1999.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Aktuellere Meta-Diskurse

Die folgende Darstellung aktuellerer Meta-Diskurse erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie erfasst insbesondere nicht alle Meta-Diskurse über das Recht „im Allgemeinen und überhaupt“[40] – also das, was man Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nennt –, sondern nur solche, die starke Berührungspunkte mit der juristischen Methode und ihren Methodenlehren aufweisen. Selbst mit dieser Beschränkung bleibt das Folgende fragmentarisch. 18

1. Dogmatik

Der erste der aktuelleren juristischen Meta-Diskurse ist natürlich nicht völlig neu: Über „Dogmatik“ hat man schon früher nachgedacht, zumal nicht nur die Rechtswissenschaft diese Disziplin kennt, sondern auch die Theologie und sogar die Medizin. 19

Zu einer ersten Annäherung an den Begriff Dogmatik schon § 11 Rn. 7–9.

a) Bestandsaufnahme

Was die Dogmatik von Jurisprudenz und Medizin angeht, ist Klassiker das imposante Werk von Maximilian Herberger (geb. 1946) aus dem Jahr 1981.[41] Es beginnt mit Hippokrates, Platon und Aristoteles, lässt die Antike Rhetorik nicht aus (Cicero, Quintilian), konzentriert sich auf die Lehrschriften des Galenos (berühmter griechischer Arzt, ca. 129–199/216) und verfolgt schließlich das Phänomen Dogmatik durch die gesamte Geschichte der Medizin- und Rechtswissenschaft bis zu Savigny (1779–1861) und Rudolf von Jhering (1818–1892). 20

Hauptthese: Der Begriff „Dogmatik“ stammt gerade nicht aus rein theoretischen Wissenschaften, sondern aus den empirischen Erfahrungswissenschaften („angewandte Vernunftwissenschaften“) – wie eben der Medizin.[42] (In der Antike nannte man dies *téchnai*,[43] siehe § 1 Rn. 33, § 2 Rn. 20). Die „Wende“ zu einem Verständnis von Dogmatik als theoretischem Konstrukt markieren dann Puchta und Savigny.

Nach einer gewissen Ruhephase ist erneutes Interesse an „Dogmatik“ dann seit 2010 erwacht. Dafür stehen zunächst drei Sammelbände, die nach der „Bedeutung“[44] und den „Grenzen“[45] der Rechtsdogmatik fragen, außerdem danach, was Dogmatik eigent- 21

40 Vgl. *Douglas Adams*, The Hitchhiker' Guide to the Galaxy, New York 1980.

41 *Maximilian Herberger*, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt a.M. 1981.

42 *Herberger*, Dogmatik (Fn. 41), S. 1–5.

43 In diesem Sinn spricht auch etwa der oströmische Kaiser Justinian (ca. 482–565), Initiator des Corpus Iuris Civilis, von *dogmatiké eutechnía*; siehe *Herberger*, Dogmatik (Fn. 41), S. 133.

44 *Rolf Stürner* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung. Ein japanisch-deutsches Symposion, Tübingen 2010 (Beiträge u.a. von Thomas Würtenberger, Wolfgang Kaiser, Friedrich Schoch, Rainer Wahl, Wolfgang Frisch, Alexander Bruns, Uwe Blaurock, Sebastian Krebber, Ursula Köbl – also eine breite Freiburger Phalanx, die nahezu alle Rechtsgebiete abdeckt).

45 *Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok* (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, Tübingen 2010.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich „weiß", insbesondere im Öffentlichen Recht.[46] Hinzu kommt eine auch historische Studie von Christian Bumke (geb. 1963).[47] Bumke kann sich allerdings nicht recht entscheiden: Ist Rechtsdogmatik das, was nur die akademische „Rechtswissenschaft" fabriziert, im Gegensatz zur „Praxis" und doch auf diese „ausgerichtet"?[48] Oder wird Rechtsdogmatik auch von der „Praxis" betrieben?[49]

Durchaus auf Linie der NJML liegt: Dogmatik tritt an mit dem Anspruch auf „Richtigkeit".[50] Und wenn ich es richtig sehe, versteht auch Bumke „Richtigkeit" als ein regulatives Ideal (§ 30 III), und zwar aus der Sicht des Rechts „von innen".[51]

22 Bemerkenswert sodann: Des Themas „Dogmatik" haben sich eine ganze Reihe von Doktorarbeiten angenommen, eine erste schon 1986. In ihr verortet *Jan Harenburg* die Rechtsdogmatik schon im Titel „zwischen Wissenschaft und Praxis"[52] – wir werden sehen, dass sich diese falsche Gegenüberstellung hartnäckig bis heute hält.[53] Eine sehr eigenständige „vollständige Theorie juristischer Dogmatik" hat 1989 Thomas Schlapp vorgelegt.[54]

23 Einen schönen Gegensatz formulieren sodann zwei weitere Dissertationen aus 2006 und 2017. Die erste, stark grundlagengeprägte Arbeit (der Verfasser *Jan C. Schuhr*, geb. 1975, hat neben Jura auch Mathematik studiert) versteht Rechtsdogmatik „als Wissenschaft" – insbesondere als eine solche, die „Modelle" entwickeln sollte.[55] *Jannis Lennartz* (geb. 1986) hingegen versteht Dogmatik „als Methode" und vermisst sodann in den heutigen Methodenlehren vor lauter Interpretationstheorie und Subsumtionsideal zweierlei: erstens die juristische „Konstruktion" (insofern wird vor allem Jhering reaktiviert[56]), zweitens Klarheit darüber, dass externe gesellschaftliche Erwartungen „den Rahmen [bilden], in dem eine Methodendiskussion sinnvoll stattfinden kann"[57]

---

46 *Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts, Tübingen 2012.

47 *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017; zur Würdigung Savignys besonders aufschlussreich die Fußnoten 700 und 782.

48 *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik. Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, in: Juristenzeitung (JZ) 2014, S. 641–650 (646, 650).

49 So ausdrücklich *Bumke*, Rechtsdogmatik, in: JZ 2014, 641 (642).

50 *Bumke* meint, dies sei hinsichtlich des Rechts Konsens und nur im Einzelnen streitig, in: JZ 2014, 641 (647, 648). Ich habe hinsichtlich des Konsenses so meine Bedenken (zu Ironie und Pathos siehe § 30 I).

51 *Bumke*, Rechtsdogmatik, in: JZ 2014, 641 (648)

52 *Jan Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, Stuttgart 1986; zusammenfassend S. 364–370: „Arbeitsteilung".

53 Im Übrigen folgt *Harenburg*, Rechtsdogmatik (Fn. 55), dem Fallibilismus Poppers und setzt sich eingehend mit der Frage auseinander, wie im Recht dogmatische Sätze falsifiziert werden können (S. 280–300).

54 *Thomas Schlapp*, Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik. Ansätze zu einer strukturalistischen Sicht juristischer Theoriebildung, Berlin 1989. Schlusspunkt (S. 215): Nur Rechtsdogmatik, nicht aber Rechtssoziologie und Rechtstheorie oder gar Rechtsphilosophie sind „Wissenschaft[.] in dem hier skizzierten Sinne".

55 *Jan C. Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, Berlin 2006.

56 *Jannis Lennartz*, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, S. 27–36, insbesondere die Unterscheidung von niederer und höherer Jurisprudenz.

57 *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(??). Beide Arbeiten setzen sich, das darf man wohl sagen, weniger mit „realer" Dogmatik auseinander[58] als mit Literatur über Dogmatik.

Wenig weiter führt es für mein Empfinden, wenn Dogmatik als „Bezeichnung dessen, was Juristen machen" oder als „Gesamtheit des juristischen Wissens" definiert wird.[59] Richtig ist allerdings, dass Dogmatik sich durch ihren „Quellenbezug"[60] auszeichnet – auch wenn man statt von „Quellen" besser von „autoritativen Texten" sprechen sollte.

Die Dissertation von *Philipp Sahm* füllt zunächst die Lücke, die Herbergers Werk noch offen gelassen hatte: Sie vergleicht die juristische und die theologische Dogmatik.[61] Darüberhinaus arbeitet *Sahm* gemeinsame „Elemente" von Dogmatik überhaupt heraus: so die mittlere Abstraktionshöhe ihrer Aussagen und Begriffe (zwischen Einzelfall und System, zu bezweifeln) und vor allem die Bindung an einen „Primärtext" (NJML: „autoritative Texte"). 24

Ganz folgerichtig wird Dogmatik dann als „Paratext" bezeichnet (griechisch *pará* = neben; siehe dazu bildlich schon § 11 Rn. 10).

Die Arbeit von *Martin Flohr* geht aus von dem „orthodoxen" Gegensatz „Dogmatik versus Fallrechtsdenken", sie untersucht sodann, inwieweit sich im englischen Recht ein Wandel hin zu mehr Dogmatik in diesem Sinn beobachten lässt.[62] *Alexander Stark* versteht Rechtsdogmatik als „Deliberation über rechtliche und nicht-rechtliche Gründe" und versucht von dort aus zu klären, wo und wie weit Interdisziplinarität sinnvoll ist.[63]

Nebenbei: Von vielen wird „Dogmatik" geradezu als ein Alleinstellungsmerkmal der deutschen Jurisprudenz betrachtet[64] – und in dieser spezifisch deutschen Form abgelehnt.[65] Wenn man mit „Dogmatik" meint: Hypertrophie an juristischer Sekundärliteratur, kann die NJML dem durchaus zustimmen.

---

58 Bei *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 137 ff. und 157 ff., kommen vor: das subjektive öffentliche Recht inklusive Schutznormtheorie und die Grundrechtsdogmatik (vor allem Dreistufentheorie).

59 *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 181, 171; s. auch S. 150: „Mit der Chiffre Dogmatik bezeichnen Juristen also die Welt, die [sie] sich selber bauen."

60 *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 176 f.,181 f.; recht schön auch die daran anknüpfende Definition (letzter Satz des Buches): „Methodenlehre ist im Ergebnis die Technik des Rechtsquellenbezuges durch Interpretation und Konstruktion." Aufschlussreich zuvor S. 116: Juristische Methode sei die „Summe der Regeln, mit denen wir feststellen, was das positive Recht abstrakt oder angewandt auf einen Sachverhalt aussagt."

61 *Philipp Sahm*, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, insb. S. 59–108 mit den Beispielen von Anwartschaftsrecht (dazu in diesem Buch § 17 Rn. 10–15) und Erbsünde. – Das Buch wurde zu einem der juristischen Bücher des Jahres gewählt.

62 *Martin Flohr*, Rechtsdogmatik in England, Tübingen 2017, mit besonderem Augenmerk auf Peter Birks (1941–2004) und dessen Systematisierung des englischen Bereicherungsrechts.

63 *Alexander Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2020; kritische Rezension: *Klaus F. Röhl*, in: JZ 2022, 893-895.

64 Selbstironisch, aber doch standfest deutsch: *Peter Windel*, OMG – German Legal Dogmatics! Beiträge zum Internationalen Rechtsdialog, Baden-Baden 2020 [*OMG = Oh my God*].

65 Am prominentesten *Oliver Lepsius*, siehe seinen Diskussionsbeitrag auf der Saarbrücker Staatsrechtslehrertagung 2017, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 77 (2018), S. 328: „orthodoxe Wagenburgmentalität" (als Kritik am sonst „ganz ausgezeichneten" Referat von *Uwe Kischel*); ausführlich: *Oliver Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof/ Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (Fn. 46), S. 39–62. – Lepsius hat einen ganz anderen Begriff von Dogmatik als die NJML.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

25 Ein geradezu Monument zum Thema Dogmatik hat schließlich vor kurzem (2023) Christoph Bezemek (geb. 1981) vorgelegt: „Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven".[66] Der Band dokumentiert eine Tagung in Graz, auf der in 35 Beiträgen die Bedeutung der Dogmatik für die gesamte Rechtsordnung herausgestellt, aber auch kritisch hinterfragt wird. Die Tagung hat freilich gezeigt, was schon angeklungen ist: Was Dogmatik „ist", darüber gibt es ganz unterschiedliche Ansichten.

b) Begriffsbestimmungen und Platzzuweisungen

26 Vielzitiert ist Christian Waldhoff mit seiner Zusammenstellung von nicht weniger als 14 Begriffsbestimmungen, denen er sodann eine eigene „Umschreibung" folgen lässt.[67] Im Öffentlichen Recht greift man nach wie vor gern zurück auf eine Formulierung von Winfried Brohm (1932–2012), vorgetragen auf einer Staatsrechtslehrertagung[68]:

> „Von einem strukturell-funktionalen Ansatz her kann man die Rechtsdogmatik als ein innersystematisch erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln verstehen, die als Bestandteil der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen."

Salopp gesagt: Dogmatik hat einen gewissen Komplexitätsgrad, und sie ist letztlich genau das, was Juristen tagtäglich tun und als juristische Fachliteratur veröffentlichen. Das ist natürlich nicht falsch, sagt aber wenig darüber aus, wozu das Ganze dient, worin, anders gewendet, der Sinn von Dogmatik besteht.

27 Anna-Bettina Kaiser (geb. 1976) hat die Brohmsche Formel kürzlich sehr schön weitergedacht[69] und zu drei Charakteristika von Rechtsdogmatik entfaltet: (1) Begriffsarbeit auf mittlerer Abstraktionsebene, (2) Systembildung und -nutzung, (3) (Modifizierte) Anwendungsorientierung. Sie hat zudem herausgestellt wie sehr die Begriffe „Juristische Methode", „Dogmatik" und „System" zusammenhängen – und wie verschieden sie seit dem 19. Jahrhundert verstanden wurden.

28 An die Brohmsche Formel schließt auch Christoph Möllers an (übrigens unter Verwendung des Ausdrucks „Sinnzusammenhänge").[70] Allerdings gerät er gleich danach auf ein völlig anderes Gleis. Zwar heißt es zunächst – Lob der Dogmatik! –: „Praktisch hält sie als spezifisches Wissen all das, was die Methodenlehre nur verspricht."

> Das dürfte freilich in allen Wissenschaften so sein: Die richtigen Methoden versprechen (!) nun einmal seriöse Erkenntnis.

Gleich darauf bekommt aber auch die Dogmatik eins darauf: Durch ihre Anwendungsbezogenheit sei sie nur „beschränkt wissenschaftsbezogen". Folglich ergebe

66 *Christoph Bezemek* (Hrsg.), Rechtsdogmatik. Stand und Perspektiven, Wien etc. 2023 – durchaus angeregt von Lepsius' gerade erwähntem Diskussionsbeitrag (S. 1).

67 *Christian Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik. Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (Fn. 46), S. 17–37 (21–28); siehe auch *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 56), S. 149–154.

68 *Winfried Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30 (1971), S. 246.

69 *Anna-Bettina Kaiser*, Juristische Methode, Dogmatik und System, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Heidelberg 2021, § 24 Rn. 19–26.

70 *Christoph Möllers*, Methoden, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 3. Aufl., München 2022, § 2 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich ihre Bedeutung „weniger daraus, dass sie im Zentrum der Rechtswissenschaft steht, als vielmehr daraus, dass sie das Gemeinsame – die *Schnittmenge – von praktischer Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft* bezeichnet" (Hervorhebungen im Original).

> Kurz: Dogmatik ist für praktisches Wissen gar nicht so wichtig, und die eigentliche Wissenschaft spielt eine Liga höher.

Wäre es nicht Christoph Möllers (geb. 1969), also einer der brillantesten deutschen Juristen (wir mögen uns), ich würde sagen: Ist das nicht eine sehr naive Vorstellung von einerseits „praktischer Rechtsanwendung", andererseits theoretischer „Wissenschaft"? Von denen da unten in der Rechtspflege und denen da oben in abgehobener, weil anwendungsenthobener (!) Reflexion des Rechts als solchen? Und wo kommt denn, ganz simpel gefragt, in diesem Modell das Recht her? Die einen wenden es an, die anderen denken darüber nach – aber wer setzt es? Bleibt wohl nur: die Politik – ohne ernsthafte Einbindung in das Recht und seine spezifische „Denke" (= Dogmatik).

> Zudem ist „Rechtsanwendung" eine ganz irreführende Metapher. Es ist nicht zuerst das Recht da, und dann wird es wie ein Kochrezept abgearbeitet. Sondern: Jede rechtlich-praktische Entscheidung ist nicht nur Anwendung, sondern auch *Produktion* rechtlichen Wissens – und eben deshalb Teil der Rechts*wissen*schaft, in deren Kontext[71] sie sich mehr oder weniger gelungen einordnet (sie kann gar nicht anders[72]). Ganz ebenso muss sich jede Idee der theoretischen Rechtswissenschaft (Interpretation, Modifikation, Theorie, „Modell") in rechtlichen Entscheidungen praktisch bewähren. Daher: „Anwendung"? Nein: Gestaltung eines Gemeinschaftswerks – und Dogmatik *ist* die gemeinsame Wissenschaft. 29

c) Zwischenfazit: Was Dogmatik nur oberflächlich ist

Um es zu betonen: Man muss nicht über Worte streiten. Mögen manche mit dem Begriff „Dogmatik" dies verbinden („wenn es viele Fußnoten hat") oder auch jenes („unwissenschaftlich"). Jedenfalls sollte man aber klar machen, was gemeint ist, sonst redet man aneinander vorbei (gelegentlich sogar lautstark[73]). Wir wollen deshalb zunächst schauen, was die NJML *nicht* unter Dogmatik versteht: 30

- Dogmatik (= „Wissenschaft") versus „Praxis"? Das lässt sich wirklich nicht halten: „Praktiker" fabrizieren ganz ebenso dogmatische Literatur wie Universitätsprofessoren, Universitätsprofessoren arbeiten „praktisch" als Gutachter, Prozessvertreter, Bundesverfassungsrichter. Sie geben dafür ihr wissenschaftliches Denken nicht an der Pforte ab.
- Dogmatik hat eine gewisse Komplexität. Aber das ist nicht das Wesen von Dogmatik, sondern eine zufällige Entwicklung: Wenn von 20 Grundgesetzkommentaren genug Leute profitieren, wird es sie geben. Die NJML weiß hingegen: Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall – und der Frage, ob er genauso zu behandeln ist wie der erste.

71 Oder „System" oder „Sinnzusammenhang".

72 In Anlehnung an Watzlawick: Eine rechtliche Entscheidung kann mit der Rechtswissenschaft „nicht nicht" kommunizieren.

73 Schöne Grüße an Oliver Lepsius.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Dogmatik spielt auf einer mittleren Abstraktionsebene – das trifft nur im Hauptfeld zu. Schon die Auslegung eines einzigen Gesetzeswortes ist Dogmatik, konkreter geht es kaum. Das Gebot der Rücksichtnahme und das Anwartschaftsrecht sind Produkte der Dogmatik – aber geht es abstrakter? Kurz: Die Hintergrundvorstellung, Dogmatik sei das, was zwischen „Einzelfall" und „Gesetz" auf mittlerer Höhe vermittelt, wirkt etwas antiquiert.

  Man bedenke auch, wie detailliert heutige Gesetze daherkommen, sagen wir etwa: § 137a SGB V (Sozialgesetzbuch Fünf), betreffend das Institut für Qualitätssicherung und Transparenz im Gesundheitswesen (IQTIG).

– Dogmatik ist „unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung" (*Brohm*). Das ist zwar insofern richtig, als Dogmatik das Gesetz kritisieren und sogar neue Gesetze vorschlagen darf. Missverständlich ist die Wendung aber doch: Kennzeichnend für Dogmatik ist nun einmal die Bindung an autoritative Texte (man kann auch sagen: „Primärtexte").

d) Dogmatik als Lehre von rechtlicher und juristischer Richtigkeit

31 Wie gesagt, um Wörter muss man nicht streiten. Klar werden muss aber, was mit ihnen gemeint ist, welchen *Begriff* sie bezeichnen. Insofern will ich für die NJML gleichsam abschließend festhalten:

Wir haben uns mit dem Begriff „Dogmatik" schon an zwei Stellen beschäftigt: im Kontext der juristischen Interpretation – § 10 Rn. 32 (Bezug auf den gemeinsamen Sinnzusammenhang „Recht") – und im Kontext der Regel- und Systembildung (§ 11 Rn. 7–9, 34). Wir können daher zunächst die beiden wichtigsten Aussagen wiederholen:

Dogma 1. Dogmatik ist die Lehre – genauer die Gesamtheit der Lehren[74] – von der rechtlichen und juristischen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen.

Dogma 2. Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall.

32 Sodann können wir uns ein wenig zurücklehnen und auf den Weg zurückschauen, den wir seither gegangen sind. Und können als weitere Dogmen festhalten:

Dogma 3. Unter rechtlicher und juristischer „Richtigkeit" ist das regulative Ideal der Dogmatik zu verstehen.

  Erläuterung: „Rechtliche" Richtigkeit meint die – idealiter! – am besten begründete Entscheidung. „Juristische" Richtigkeit meint den Bereich dessen, was man juristisch (noch) vertreten kann. Juristisch „vertretbar" ist alles, was sich rechtswissenschaftlicher Argumente bedient. „Rechtswissenschaftlich" ist alles, was nach der juristischen Methode vorgeht – es gibt nur eine.[75] Dies führt zu zwei weiteren Dogmen:

Dogma 4. Rechtliche und juristische Richtigkeit sind eine Frage der Methode.

---

74 Diese Präzisierung verdanke ich nach wie vor *Dominik Richers*, Rechtslast. Lastregeln als Mittel der Überwindung von Zweifeln in der Rechtsanwendung, Berlin 2017, S. 242.

75 Es ist also kein Gegensatz, wenn man Dogmatik „als Wissenschaft" versteht (*Schuhr*) oder „als Methode" (*Lennartz*). Beides hängt – in gutem Sinne zirkulär – voneinander ab.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dogma 5. Die juristische Methode besteht aus Logik, Logik, Logik (Deduktion, Induktion, Abduktion).

Erläuterung (man achte auf das Kursive): Es beginnt schon beim einzelnen (neuen) Fall: Könnte es sein, dass auf die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft die *Regeln* der Gesellschaft bürgerlichen Rechts[76] passen? Darauf muss man erst einmal kommen (Abduktion)! – Die Logik setzt sich fort beim Vergleich mehrerer Fälle: Die *Regeln* zur Fortsetzungsfeststellungsklage[77] sollten auch dann gelten, wenn sich der Verwaltungsakt schon vor Klagerhebung erledigt hat (Analogie). – Wenn es noch mehr Fälle werden, darf es ein wenig abstrakter werden (Systembildung): Alle Leistungsstörungen, auch das Verschulden bei Vertragsschluss,[78] sollten nach denselben *Regeln* entschieden werden (Induktion). – Dies ist dann auch die Sicht der Gesetzgebung (*Regel*setzung): Alle Fälle von besonders schwerem sexuellen Fehlverhalten sind mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu bestrafen.[79] - Allerdings muss man unter diese *Regel* dann auch wieder subsumieren können: Ja, dies hier ist ein „besonders schwerer Fall" (Deduktion).

Es zeigt sich daher: 33

Dogma 6. Im Zentrum der juristischen Dogmatik stehen *Regeln*. Anders gewendet: Recht ist die Kunst der Regeln, Jurisprudenz (Rechtswissenschaft) ist die Kunst ihrer Kritik.

Die große Frage bleibt dann aber, wie man im konkreten Fall zu der Überzeugung kommt, dass diese Regel (samt Anwendung) und nicht eine andere die „richtige" ist? Insofern gilt:

Dogma 7. Die Überzeugung, dass eine rechtliche Entscheidung „richtig" ist, ist letztlich eine Frage der Ästhetik, das heißt: der Wahrnehmung des Gesamtkunstwerkes aus Regel, Fall und Ergebnis.

Und eine Theorie-Praxis-Lücke (oder auch Anwendung-Wissenschaft-Lücke) *gibt es nicht*. 34

2. Wissenschaftlichkeit

Auch ein zweiter relativ aktueller Meta-Diskurs ist zugleich ein Dauerbrenner: Er betrifft die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Jurisprudenz eine Wissenschaft ist. Das rechtsgeschichtliche Standardwerk ist insoweit nach wie vor die Studie „Recht als Wissenschaft" (2001, 2., erweiterte Aufl. 2012; 3., erweiterte Aufl. 2020) von Jan Schröder (geb. 1943) – allerdings stellt Schröder, wie es sich für ein rechtshistorische Arbeit gehört, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz nicht ernsthaft in Frage, sondern 35

76 §§ 705 ff. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).

77 § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung).

78 Zu diesem berühmten Beispiel § 16 Rn. 16–20.

79 § 177 Abs. 6 StGB: „In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder
2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kommt gleich zur Sache: „Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)".[80]

Dahinter steht natürlich eine Überzeugung, von der auch die NJML ausgeht: Es ist die Methode, die eine Wissenschaft zur Wissenschaft macht – und nicht alle Methoden sind wissenschaftlich (man denke an Magie oder Gewalt).[81]

36 Umso mehr begründet seit 2007 eine Schriftenreihe im Mohr-Verlag eine (neue) Tradition des Infragestellens: „Recht – Wissenschaft – Theorie".[82] Der erste Band trug den Titel „Das Proprium der Rechtswissenschaft" (2007),[83] der zweite schlicht „Rechtswissenschaftstheorie" (2008)[84]. Beides sind Sammelbände, sie bieten daher ein buntes Bild – und offenbar war beide Male die Versuchung groß, das Thema gegen den Strich zu bürsten.

So im ersten Band Mathias Reimann (geb. 1955): Ein Proprium (also: ein Eigenes, ein Alleinstellungsmerkmal) der Rechtswissenschaft gebe es nicht, nur viele Propria[85] – man ist versucht zu sagen: viel Eigenartiges. Im zweiten Band Christoph Möllers (geb. 1969): Das Recht brauche keine eigene Wissenschaftstheorie – könne aber gerade dadurch von „der" Wissenschaftstheorie „neue Perspektiven … bekommen".[86]

Das deckt sich mit dem Geleitwort der Herausgeber der Reihe[87] und mit der Tendenz, die „Theorie" (= Wissenschaft) gegen die „Praxis" (der real existierenden Rechtspflege) auszuspielen.

37 Besonders schön im Übrigen eine Bemerkung von Gertrude Lübbe-Wolff (geb. 1953), im Klartext: Angesichts dessen, was sich heutzutage an den Universitäten herumtreibt, muss man nicht befürchten, die Rechtswissenschaft könnte unwissen-

80 *Jan Schröder*, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990), 3. Aufl., München 2020 (zwei Bände); die erste Auflage 2001 endete mit der Historischen Schule (1850), die zweite Auflage 2012 mit der Weimarer Republik (1933). – Man darf sagen: Es ist Schröders Lebenswerk und über alle Maßen bewundernswert. – In der Sache analysiert Schröder alle Epochen nach dem Zweierschema „Rechtsquellenlehre – Methodenlehre", in den Unterpunkten gibt es dann Variationen. Dies ist mit dem Ansatz der NJML (autoritative Rechtstexte" statt „Rechtsquellen", Einheit von „Regel – Fall – Ergebnis") nur teilweise kompatibel.

81 Siehe auch *Charles Sanders Peirce*, The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 – 387 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraphen 358–387); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. Von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 149–172. – Peirce unterscheidet die Methoden der Beharrlichkeit (*tenacity*), der Autorität (*authority*), des subjektiven Überzeugtseins (*apriori*) und der Wissenschaft (*science*) – die zugleich die Methode der Logik ist.

82 Herausgeber sind Matthias Jestaedt (geb. 1961), Oliver Lepsius (geb. 1964), Christoph Möllers (geb. 1969) und Andreas Voßkuhle (geb. 1963).

83 *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007.

84 *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008.

85 *Mathias Reimann*, Die Propria der Rechtswissenschaft, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 87–99 (99).

86 *Christoph Möllers*, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 84), S. 151–174 (174).

87 „Die Reflexion dieser Fragen kann dabei helfen, die Arbeitsteilung zwischen Theorie und Praxis neu zu justieren und deutlich zu machen, dass beide Seiten ihre Stärken nicht notwendig dadurch entfalten werden, dass sie sich einander annähern."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaftlicher sein.[88] Gerade deshalb sollte sie aber ihre Kernkompetenz stärker betonen: „Präzision im Aufdenpunktbringen des Verstandenen".[89]

Keinen Konsens gab es übrigens auch zur Frage der Richtigkeit von Recht. Während Mathias Reimann dem positiven Recht offenbar keine Richtigkeit zutraut,[90] betont Wolfgang Frisch (geb. 1943): Aufgabe der Rechtswissenschaft sei, „das (relativ auf einen bestimmten Kontrollbereich) richtige Recht zu benennen."[91]

Die besagte Reihe ist mittlerweile auf 18 Bände angewachsen, darunter die Titel „Selbstreflexion des Rechts"[92], „Konjunkturen in der öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung"[93], „Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie"[94], „Dimensionen des Wissens im Recht"[95]. Es muss an dieser Stelle leider bei diesem „Ausblick" bleiben. 38

Und es darf am Ende dann doch der Hinweis auf das klassische Bonmot von Julius Hermann von Kirchmann (1802–1882) nicht fehlen, es stammt aus dem ziemlich wirren Vortrag „Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" (1848) – Kirchmann war zu dieser Zeit Staatsanwalt: „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur."[96]

Makulatur war eine Masse, hergestellt aus Kleister und gemahlenem Altpapier. Sie diente dazu, beim Malen und Tapezieren unebene Wände zu glätten.

Für **Fachphilosophen**: Julius von Kirchmann ist insoweit von großer Bedeutung, als er 1868 die „Philosophische Bibliothek" begründet hat, die bis heute besteht und seit 1911 im Verlag Felix Meiner (Hamburg) erscheint. Sie hatte von Anfang an das Ziel, wichtige philosophische Werke in preiswerten Ausgaben einem breiten Publikum zugänglich zu machen, zudem fremdsprachige Werke in deutscher Übersetzung. von Kirchmann hat sogar selbst Übersetzungen beigesteuert, u.a. von Aristoteles' Zweiter Analytik und von Francis Bacons „Novum Organon".

---

88 *Gertrude Lübbe-Wolff*, Expropriation der Jurisprudenz? in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 282–292 (282 mit Fn. 1): Die „hochschulpolitische Entwicklung [hat] die Frage nach dem Wissenschaftsstatus und damit der berechtigten Universitätszugehörigkeit von Wissensdisziplinen weitgehend obsolet gemacht". Noch schärfer aber die Kritik an der neoklassischen Ökonomie mit ihrem Bemühen, sich dadurch als „harte" Wissenschaft auszuweisen, dass sie auf interpersonale Nutzenvergleiche verzichtet und folglich die wesentlichen Fragen ausklammert – die Fragen nach „Güter[n] und Probleme[n], die an Verteilungsfragen hängen".

89 *Lübbe-Wolff*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 292.

90 *Reimann*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 87–99 (87 f.).

91 *Wolfgang Frisch*, Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens – am Beispiel und aus der Sicht des Strafrechts, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium (Fn. 83), S. 156–184 (182).

92 *Erik Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 2021; darin übrigens gerade auch „fremdreferentielle" Fragen nach den sozialen Folgen der Organisation von Wissenschaft und insbesondere der Hochschulpolitik für die Rechtswissenschaft!

93 *Andreas Funke/Julian Krüper/Jörn Lüdemann* (Hrsg.), Konjunkturen in der öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung, Tübingen 2015.

94 *Andreas Funke/Jörn Lüdemann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Tübingen 2009.

95 *Laura Münkler* (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, Tübingen 2019.

96 Es gibt mittlerweile eine ganze Fülle von Ausgaben, z.B. einen Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Darmstadt 1960 (46 Seiten). Man findet den Vortrag zudem als Volltext im Internet.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

39 Die NJML sieht die Frage nach Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft mit einer gewissen Gelassenheit: Es ist eine Frage der Methode. Daher bezogen auf dieses Buch: *tolle, lege.*[97]

3. Einzelne Ansätze

40 Was weitere Ansätze zu juristischen Meta-Diskursen angeht, ist die NJML in einer gewissen Verlegenheit. Es gibt, wie gesagt, eine ganze Fülle von Meta-Diskursen über das Recht – etwa über seine Inszenierung,[98] über *Law and Literature*,[99] über rechtliches Wissen[100] – und sie haben mal mehr, mal weniger Berührungspunkte mit „traditioneller" juristischer Methode. Wir müssen uns auf Ansätze beschränken, bei denen der Bezug zu Methode und Methodenlehre(n) deutlich zu Tage tritt.

a) Die Bielefeld-Potsdamer Kolloquien

41 Zuvörderst zu nennen sind daher die „Bielefelder Kolloquien". Sie wurden von Susanne Hähnchen (geb. 1969) im Jahr 2019 mit dem treffenden Thema „Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk" ins Leben gerufen[101] und mit dem sehr anregenden Titel „Eine Methodenlehre oder viele Methoden?" fortgesetzt.[102]

Auch dies reizte zum Widerspruch: eine Methode, viele Methodenlehren![103]

Mittlerweile hat das Kolloquium seinen Sitz nach Potsdam verlegt, es fand dort 2024 unter dem Titel „Methodenlehre und Digitalisierung" statt.[104]

b) „Methodenstreit" im Öffentlichen Recht?

42 Weniger Berührung mit der traditionellen juristischen Methode, als man denken könnte, haben die Meta-Diskurse über Methodenfragen im Öffentlichen Recht. Insofern gab es 1999 einen durchaus provokanten Aufsatz des schon erwähnten Christoph Möllers, in dem dargelegt wurde, dass sowohl im Staats- als auch im Verwaltungsrecht unter der Oberfläche mehr methodischer Dissens bestehe, als den meisten bewusst sei.[105]

In der Tat gab es damals durchaus Bestrebungen, die Juristen im Verwaltungsrecht auch an nicht-juristische Methoden heranzuführen (Ökonomie, Steuerungswissenschaft

97 Latein: Nimm, lies.

98 *Laura Münkler/Julia Stenzel* (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019.

99 Eine schwer zu fassende, sehr diverse Bewegung.

100 Exponiert *Alexander Somek*, Rechtliches Wissen, Frankfurt a.M. 2006; *Alexander Somek*, Wissen des Rechts, Tübingen 2018 (mit Kommentaren von *Andreas Funke* und *Thomas Vesting*).

101 *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk. Erstes Bielefelder Kolloquium, Tübingen 2019.

102 *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden? Zweites Bielefelder Kolloquium zur Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, Tübingen 2020.

103 *Joachim Lege,* Was leistet „die" Juristische Methode (und Methodenlehre)?, in: Hähnchen (Hrsg.), Zweites Kolloquium (Fn. 102), S. 21–47 (46 f.).

104 Tagungsband: *Susanne Hähnchen* (Hrsg.), Methodenlehre und Digitalisierung, Potsdam 2024.

105 *Christoph Möllers,* Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch) 90 (1999), 187–207.

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

etc.) – letztlich, um sie auf dem Arbeitsmarkt konkurrenzfähiger zu machen. Das Ganze firmierte unter dem Label „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", Flaggschiff war (und ist nun in dritter Auflage) das ursprünglich[106] dreibändige Handbuch „Grundlagen des Verwaltungsrechts", herausgegeben von Wolfgang Hoffmann-Riem (geb. 1940), Eberhard Schmidt-Aßmann (geb. 1938) und Andreas Voßkuhle (geb. 1963).[107] Das Kapitel über „Methoden" hat Christoph Möllers beigesteuert.

> Etwas traditioneller aufgestellt ist ein jetzt neu herausgekommenes „Handbuch des Verwaltungsrechts". Den Methoden-Beitrag von Anna-Bettina Kaiser habe ich schon erwähnt.[108]

Was die Stellung der NJML zur Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft angeht, wird man sagen dürfen: Die NJML ist ebenfalls interdisziplinär angelegt, sie geht aber mehr in die Tiefe als in die Breite. Kurz: Sie ist juristischer.

c) Kritik am Recht „als Metaphysik"

Den nächsten Ansatz vertritt ein Einzelkämpfer: Josef Franz Lindner (geb. 1966) hat 43
2017 eine Schrift mit dem Titel „Rechtswissenschaft als Metaphysik" vorgelegt. Er kritisiert darin, dass und wie sich die Rechtswissenschaft durch zirkuläre Argumentation immer wieder selbst dazu ermächtig, „Metaphysik" ins Recht zu schmuggeln – mit der Folge von Methodenbeliebigkeit, Begriffsbeliebigkeit, Theoriebeliebigkeit.[109] Das sind schwere, aber nicht unberechtigte Vorwürfe. Die NJML kann Linder vor allem darin zustimmen, dass er einen „Verzicht auf dogmatische Theorien mittlerer Abstraktionshöhe" fordert.

> So schlägt Lindner zum Beispiel vor, die Dreistufentheorie des BVerfG zur Berufsfreiheit des Art. 12 GG (§ 10 Rn. 18–20) über Bord zu werfen und stattdessen sogleich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden[110] (der allerdings, kleiner Einwand, auch nicht im Gesetz steht).[111]

Kurz: Zurück zum Text, zurück zum Fall – das ist auch die Quintessenz der NJML.[112]

d) Expositives Recht

Das „Zurück zum Text"[113] trifft sich zudem gut mit dem wohl intellektuellsten neuen 44
Ansatz zu einem methodologischen Meta-Diskurs: Gemeint ist Ino Augsbergs Konzept

106 Die dritte Auflage umfasst nur noch zwei Bände.

107 Erscheinungsort: München.

108 Siehe Fn. 69.

109 *Josef Franz Lindner*, Recht als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft, Tübingen 2012, insb. S. 83, 90, 91-114, 114-120.

110 *Lindner*, Metaphysik (Fn. 109), S. 142–144.

111 Die NJML würde vorschlagen: Verzicht auf die Abwägungsfehlerlehre zu Gunsten der „Dicker-Hund-Theorie" (siehe § 28 II).

112 Siehe auch schon *Joachim Lege*, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064 (1063) mit fünf Folgerungen.

113 Zum „Zurück zum Fall" siehe *Andreas Funke*, Falldenken im Verwaltungsrecht. Ein systematisches Studienbuch, Berlin 2020, dem es aber mehr um die Systematisierung der verwaltungsrechtlichen Fallgestaltungen als um die Argumentation am Fall geht.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eines „expositiven" Rechts,[114] das er auf der Grundlage von Texttheorie ganz explizit (auch) als ein methodologisches Konzept ausgeflaggt hat.[115]

Allerdings kommt diese Methodologie, das muss man sagen, nicht sehr „handwerklich" daher. Stattdessen entfaltet sie im ersten Schritt ein Konzept von „Textualität", das sich vor allem zum Ziel gesetzt hat, naive und – schlimmer noch – nur vorgeschützt naive Vorstellungen von Text und Textbindung in der Rechtswissenschaft zu bekämpfen. All dies geschieht mit beneidenswerter Bildung und auf höchstem sprachlichen Niveau – es ist aber auch, für den Normaljuristen, ein wenig abgehoben (was meiner Bewunderung keinen Abbruch tut). Klar ist zudem die Kernthese: „Recht ist Text"[116] – und man muss ihn ernst nehmen.

Sehr kritisch daher Augsbergs Sicht auf die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft.[117]

45 Die Aus-Arbeitung des ex-positiven Rechts, zweiter Schritt, kommt dann ein wenig spielerisch daher: wortspielerisch. So heißen die drei zentralen Kapitel „Setzen", „Stellen" und „Legen" – das sind die drei Bedeutungen von lateinisch *ponere* –, und auch die Vorsilbe *ex-* wird sorgsam seziert („aus" und „vorbei"). In der Sache muss man auch hier sagen: Es ist nicht gerade anwendungsbezogen, was Augsberg bietet, vielmehr durchweg theoriebezogen, es kommen u.a. vor: Jhering, Luhmanns Autopoiesis, sogar Savignys klassische Lehre von der Aus-Legung (dazu in diesem Buch § 15d Rn. 7–19). Richtig ist natürlich die Kernthese: „Recht besteht als Recht, weil es sich selbst exponiert"[118] – also indem es sich der Welt und der Kritik „aus-setzt". Das verträgt sich am Ende ganz wunderbar mit einer pragmatistischen NJML, deren letzter Grund Ästhetik ist.

Insgesamt ist Augsbergs Werk geradezu ein Musterbeispiel für das, was manche wohl „Wissenschaft" im Gegensatz zu „Rechtsanwendung" nennen würden. Ich vermute, dass Menschen, die Tristram Shandy mögen,[119] es besonders gern lesen werden.

Die NJML vermisst, als Pendant zum Bezug zum Text, ein wenig den Bezug zum Fall.

III. Methodenlehre: zwischen Kärrnersarbeit und „Kulturteil"

46 In gewisser Weise ist Ino Augsberg – und ist auch sein Bruder Steffen Augsberg – geradezu eine Inkarnation des gegenwärtigen Stands der deutschen juristischen Methodenlehren. Augsberg und Augsberg geben nämlich gemeinsam mit einem dritten Autor ne-

114 *Ino Augsberg*, Elemente einer Theorie des expositiven Rechts, Weilerswist 2021.

115 *Ino Augsberg*, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, 2. Aufl., Weilerswist 2020.

116 *I. Augsberg*, Lesbarkeit (Fn. 115), z.B. S. 91.

117 *I. Augsberg*, Lesbarkeit (Fn. 115), S. 19 f.

118 *I. Augsberg*, Expositives Recht (Fn. 114), S. 7.

119 *Laurence Sterne*, The Life and Opinions of Tristram Shandy, Gentleman, 9 Bände, Dublin und London 1759–1767. – Auf Tristram Shandy Bezug nimmt denn auch explizit: *Ino Augsberg*, Methodisch verfahren. Zur Verteidigung von Ambiguität im und durch Recht, in: JZ 2024, 157–166, ja er plädiert geradezu für eine „shandyeske Methodologie" (158, 166), in der Umwege und Assoziationen etwas *sun-shine* in die Lektüre bringen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ben ihren methodentheoretischen Arbeiten[120] auch eine ganz auf Studenten zugeschnittene Anleitung zur Fallbearbeitung heraus: „Klausurtraining Verfassungsrecht“.[121] Darin werden, ganz konventionell, in Kapitel 1 „Grundstrukturen und Prüfungsschemata“ vorgestellt, sodann in Kapitel 2 die „Methodik der Fallbearbeitung im Staatsrecht“.

47 In dieser Methodik ist zentral dann das Schema, dass uns im Straf- und Zivilrecht schon begegnet ist: „Obersatz – Definition – Subsumtion – Ergebnis“ – Augsberg und Augsberg wandeln es nur leicht ab: „Obersatz – Die Inhaltsbestimmung von Tatbestandsmerkmalen – Subsumtions- und Abwägungslogik – Der Ergebnissatz“.[122] Kurz, es ist – fernab von aller Theorie – das leicht stupide Modell von „Rechtsanwendung“, so wie es der Klausurendrill der deutschen Juristenausbildung verlangt. Es ist die Kärrnersarbeit am Fall, die mit Wissenschaft noch nichts zu tun hat – allenfalls mit einem falschen Verständnis von Wissenschaft …

> … und damit auch von Methodenlehre, denn darunter versteht man üblicherweise „nur ein Kürzel für eine wissenschaftspropädeutische Einführungsliteratur, die die Anleitung von Studierenden zum Zweck hat und die allein das Lösen von Fällen für eine wissenschaftliche Leistung hält“.[123]

Wie auch immer: Augsberg und Augsberg sind also auch in diesem Bereich der Methodenlehre zuhause. Dabei freut mich besonders, dass sie in ihrem zweiten Kapitel ganz selbstverständlich immer wieder von einer „gelungenen“ Klausurbearbeitung oder Schwerpunktsetzung und vom „Gelingen“ der Klausur sprechen. (Zur Kategorie der Gelungenheit siehe § 31 Rn. 40, 86–101, §§ 33 und 34).

* * *

48 Aber natürlich geht es hier gar nicht um Augsberg und Augsberg (die ich ebenfalls sehr mag), sondern um eine große „Kluft“ in der deutschen Jurisprudenz (oder Rechtswissenschaft, ich verwende beides meist synonym). Es ist die Kluft zwischen der juristischen Alltagspraxis und den davon abgehobenen theoretischen Meta-Diskursen über das Recht, über seine Methoden, über seine Wissenschaftlichkeit – wenn man so will: die Kluft zwischen der juristischen Kärrnersarbeit und dem „Kulturteil“[124] der juristischen Literatur. „Kulturteil“: Man braucht ihn nicht wirklich, aber es ist doch schön, dass es ihn gibt.

> Und beide Seiten – die Kärrnersarbeit und der Kulturteil – leben in einer gewissen Lethargie und Selbstzufriedenheit nebeneinander her.

---

120 Für die ebenfalls beeindruckende Theoriekompetenz des (Zwillings-)Bruders siehe etwa *Steffen Augsberg*, Die aktuelle Methodendiskussion: eine wissenschaftstheoretische Renaissance? in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht (Fn. 94), S. 145–199.

121 *Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Thomas Schwabenbauer*, Klausurtraining Verfassungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2020.

122 *Augsberg/Augsberg/Schwabenbauer* (Fn. 121) S. 111–118.

123 *Ch. Möllers*, Vorüberlegungen, in: Jestaedt/Lepsius (Fn. 84), S. 151–174 (156).

124 Der „Kulturteil“, auch Feuilleton genannt, ist neben Politik, Wirtschaft, Lokales und Sport eines der klassischen fünf Ressorts einer Zeitung. – Der Deutschlandfunk Kultur wirbt mit dem Schlagwort: Das Feuilleton im Radio.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Zum Abschluss

49 Aus eben diesem Grund will die NJML nicht wirklich nett sein. Sie will beide Seiten ein wenig wachrütteln und zeigen: Auch am einfachsten Fall treten immer wieder „Grundlagen" zutage – wenn man die Mühe auf sich nimmt, genau hinzuschauen. Was man dann sieht, ist nicht immer schön – und vor allem ist nicht schön zu sehen, auf wie dünnem Eis wir immer wieder wandeln. Das dünne Eis wird aber auch nicht dicker, wenn wir möglichst elegant darüber hinweggleiten.

50 Recht ist, wie ich irgendwann einmal gesagt haben soll, die wichtigste Infrastruktur der Gesellschaft. Wir sollten daher nicht die Augen davor verschließen, dass wir das Recht vielleicht gar nicht so gut handhaben, wie wir denken – sei es in der Betriebsblindheit unserer „Praxis" oder in der Betriebsblindheit der „Theorie".

Auf der anderen Seite sollten wir die Augen offen halten für die Momente, in denen Recht ganz einfach gelingt – und vielleicht sogar versuchen, dies auch Nicht-Juristen zu zeigen. Es ist nämlich gar nicht so einfach,

to recognize the greatness and wonder of things familiar to us[125],

also: die Großartigkeit und Unwahrscheinlichkeit dessen zu erkennen, was uns selbstverständlich geworden ist: ein Recht, das diesen Namen verdient.

125 *Charles S. Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903) in: CP 5.65 (Fn. 81); in der wichtigsten deutschen Ausgabe – Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991 – leider ausgelassen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 40 Die Vernünftigkeit des Rechts

Der Haupttitel dieses Buches sollte ursprünglich lauten: „Neue Juristische Methodenlehre", abgekürzt „NJML". Hinzukommen sollte im Lauf der Zeit als Untertitel: „Ein System". 1

Im Gegensatz zu einem Handbuch.

Unter dem ersten Titel ist das Buchprojekt mit einem Stipendium der VW-Stiftung[1] gefördert worden, also letztlich vom „Steuerzahler"; oder sagen wir besser: von der Gesamtgesellschaft. Deshalb wendet sich das Buch denn auch nicht nur an Juristen, sondern an alle, die sich dafür interessieren, wie das Recht funktioniert – gutes Recht, Recht, wie wir es verstehen. Vielleicht kann man sogar sagen: Es ist ein Buch für Leute[2], die wissen wollen, wie das Recht denkt, wie es **„tickt"**. Im Recht steckt nämlich eine eigene Vernunft, eine Vernunft, die größer ist als die Vernunft der einzelnen Individuen, die sich um die Verwirklichung des Rechts bemühen (das sind nicht nur Juristen!). Und diese Vernunft des Rechts ist auch größer als die Vernunft von Fachphilosophen, die eine „Kritik" des Rechts entwerfen, ohne das Recht wenigstens im Ansatz verstanden zu haben.[3] 2

Sofern man dazu bei Marx anknüpft (den ich durchaus verehre): Karl Marx (1818–1883) hatte immerhin Jura studiert.

I. Zum Titel „Kritik der juristischen Vernunft"

Aus diesem Grund – und einigen weiteren Gründen – ist es schließlich zu dem neuen Haupttitel dieses Buches gekommen: „Kritik der juristischen Vernunft". Und es ist auch wirklich eine **Kritik** geworden. 3

1. Was heißt Kritik?

Das Wort „Kritik" kommt, wie gelegentlich schon erwähnt, aus dem Altgriechischen. Dort bedeutet *krínein*: prüfen, sichten, beurteilen – sei es negativ, sei es positiv (so wie Kino- und Theaterkritiken oder die „Einzelkritik" an Fußballspielern). In diesen 4

1 Die VolkswagenStiftung (so die Schreibweise gemäß § 1 ihrer Satzung) ist eine rechtsfähige und gemeinnützige Stiftung bürgerlichen Rechts mit Sitz in Hannover, Eigenkapital derzeit 4,1 Milliarden Euro. Zu ihrer Entstehung und ihrem Namen gibt sie diese Selbstauskunft: „Ihre Existenz und ihren Namen verdankt die Stiftung einem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Niedersachsen von 1961: Die „Volkswagenwerk GmbH" wurde in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und so der Streit um die ungeklärten Eigentumsverhältnisse beigelegt. Mit dem Erlös aus dieser Privatisierung wurde die Stiftung gegründet – als private gemeinnützige Stiftung bürgerlichen Rechts, und nicht als Unternehmensstiftung." Mehr unter https://www.volkswagenstiftung.de/sites/default/files/documents/VolkswagenStiftung_Steckbrief.pdf <10.09.2024>.

2 Es wäre zu schön, aber das Wort „Leute" stammt wohl nicht vom altgriechischen *eleutherós* = frei.

3 Siehe zum Beispiel *Christoph Menke*, Kritik der Rechte, Berlin 2015; *Daniel Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin 2017. Die „Grundthese" lautet (S. 295): Das Recht ist „in seiner bestehenden Form systematisch auf Subjektivierungsprozesse angewiesen […], die ein gutes oder gelingendes menschliches Leben als Zusammenleben untergraben."

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sinn ist denn auch die berühmte „Kritik der reinen Vernunft" (1781) von Immanuel Kant (1724–1804) eine groß angelegte (856 Seiten[4]) Untersuchung dessen, was die menschliche Vernunft kann („was können wir wissen?") – und auch, was sie nicht kann, z.B. die Existenz Gottes beweisen.

Grob skizziert: Das menschliche Erkenntnisvermögen (Vernunft im weiten Sinn) hat drei Bereiche: (1) die von Kant sogenannte „Sinnlichkeit" – besser sollte man sagen: die Fähigkeiten der Wahrnehmung, (2) den „Verstand" – Kant sagt: die Fähigkeit der Regeln (als Jurist sage ich: unter die man subsumieren kann), (3) schließlich die „Vernunft im engeren Sinn" – Kant sagt: das Vermögen der Prinzipien (als Jurist sage ich: die Fähigkeit des Begründens).

5 Demgemäß hat dieses Buch nun geprüft und beurteilt, was die **juristische Vernunft** kann – und was nicht (z.B. höhere „Werte" erkennen). Das Buch will also nicht bloß ein neuer Werkzeugkasten sein („Methodenlehre"), sondern eine Erkenntnistheorie. Als solche will sie, bei aller Kritik an der real existierenden[5] Jurisprudenz, die **Vernünftigkeit** der Juristischen Methode und des Rechts herausarbeiten: „**Das** können wir als Juristen **wirklich**." In diesem Sinn also: „Kritik der juristischen Vernunft".

2. Was heißt Vernunft?

6 Aber was ist Vernunft? Vernunft im weiten Sinn ist bei Kant, wie wir gesehen haben, die Gesamtheit all unserer Erkenntnisvermögen. Dies hilft allerdings wenig weiter, wenn man danach fragt, was eine „richtige" und was eine „falsche" Erkenntnis ist,[6] oder auch: was Sinn und was Unsinn. Im Hinblick auf diese normative[7] Frage hat Kant einmal eher beiläufig formuliert:

„Denn eben darin besteht Vernunft, daß wir von allen unseren Begriffen, Meinungen und Behauptungen … **Rechenschaft** geben können."[8]

Anders gewendet: dass wir sie hinreichend begründen können. Und wie begründet man? Kant geht anscheinend davon aus: mit der richtigen Methode. Deshalb heißt es denn auch in der Vorrede zur 2. Auflage der „Kritik der reinen Vernunft":

„Sie ist ein Traktat von der Methode (…)."[9]

Nun gibt es natürlich verschiedene Methoden, Rechenschaft abzulegen bzw. eine Behauptung zu begründen: „Das war schon immer so"; „Gott hat es so angeordnet"; „das ist von Natur aus so"; oder auch ganz einfach: „Ich *fühle* es".

4 In der 2. Auflage waren es sogar 884 Seiten.

5 Eine Anspielung auf den „real existierenden Sozialismus" des 20. Jahrhunderts.

6 Das ist wichtig zu sehen: Erkenntnisse sind nicht definitionsgemäß richtig, es gibt, und sogar weitaus mehr, falsche Erkenntnisse. Auch im Recht.

7 Eine Norm ist ein Maßstab, ein Kriterium (*krínein*!) – man denke an die DIN-Normen.

8 *Immanuel Kant*, KrV B 642 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 171; „A" wäre die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985 – übrigens an Endes des Abschnitts über die Unmöglichkeit eines kosmologischen Beweises vom Dasein Gottes.

9 *Kant*, KrV B XXII.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Charles Sanders Peirce (1839–1914) nennt dies die Methoden der Hartnäckigkeit (*tenacity*), der Autorität (*authority*) und des Apriori (*aprori*; etwas unglücklich, denn gemeint ist: subjektive Gewissheit).[10]

Und dann gibt es auch noch die Methode der **Wissenschaft** (*method of science*) – die übrigens ganz alltäglich ist, wir alle wenden sie immer dann an, wenn wir nüchtern und „weltoffen“ nach einer Problemlösung suchen: also dort, wo das Problem sich wirklich stellt. 7

Das Problem mit der Religion ist zum Beispiel, dass man nicht objektiv beweisen kann, welches die richtige ist: Da steht Glaube gegen Glaube, und je unbelehrbarer, desto besser. Also haben die Katholiken und die Protestanten im alten Deutschen Reich[11] diese Frage im Augsburger Religionsfrieden von 1555 auf unbestimmte Zeit vertagt[12] – und im Übrigen das aktuelle Problem „ganz pragmatisch“ wie folgt gelöst: *cuius regio eius religio* – der jeweilige Landesfürst bestimmt die „Staatsreligion“.[13] Dass dies aus anderen Gründen problematisch ist (Religionsfreiheit der Untertanen![14]) und auch nicht ewig gehalten hat (1618–1648: Dreißigjähriger Krieg), ist eine andere Frage. Wichtig bleibt: Wo man ein Problem „rational“ nicht lösen kann – und auf Gewalt als Lösung verzichten will –, muss man schauen, ob das *wirkliche* Problem nicht ein ganz anderes ist.

Vielleicht fallen sogenannte „Religionskriege“ ohnehin in die Kategorie „Statt-des-wahren-Problems-ein-anderes-lösen“ (§ 35 Rn. 25) – oder besser: vorschieben.

Und das schwierigste Problem bleibt und wird wohl immer bleiben: Wie überzeugt man Menschen davon, auf Gewalt zu verzichten?[15]

---

10 *Charles Sanders Peirce*, The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 – 387 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5 Paragraphen 358–387]; deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 149–172.

11 Genauer: Im sogenannten Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation – nicht wirklich ein „Staat“, eher ein Konglomerat aus großen und kleinen Fürstentümern, die sich ihren König wählten (und der König musste sich dann noch vom Papst zum Kaiser wählen lassen). Seit 1356 (Goldene Bulle) bestand das Kollegium nur noch aus sieben sogenannten Kurfürsten (Kur = Wahl, wie im Eiskunstlauf die Kür), später kam noch ein achter dazu. Natürlich war das Ganze höchst anfällig für Korruption.

12 „§ 10 So ist durch die Stände, Bottschaften und Gesandten aus jetzterzehlten Bedencken und erheischender Noth für rathsam, fürträglich und nothwenig angesehen, auch Uns in Unterthänigkeit vermeldet, daß die Tractation dieses Articuls der Religion *auf andere gelegene Zeit einzustellen* (Hervorhebung J.L.).“ Abgedruckt in: *Dietmar Willoweit/Ulrike Seif* (Hrsg.) Europäische Verfassungsgeschichte (Rechtshistorische Texte), München 2003, S. 128. Aufschlussreich dazu *Gerd Roellecke*, Die Entkoppelung von Recht und Religion, in: Juristenzeitung (JZ) 2004, 105–110 (108 f.).

13 Die Formel findet sich so nicht im Augsburger Religionsfrieden, sie wurde geprägt von dem Greifswalder Professor Joachim Stephani (1544–1623), und dies auch gar nicht für das Augsburger Dokument, sondern für den Passauer Vertrag von 1552, in dem wesentliche Regelungen bereits vorweggenommen waren; siehe *Joachim Stephani*, Institutiones Iuris Canonici, Gryphiswald 1604, liber i, caput vii De iure episcopali, Rn. 52 (S. 60): „Ut & ideò hodiè Religionem Regioni cohaerere dici potest, ut cuius sit REGIO, hoc est, Ducatus, Principatus, Territorium seu Jus territorij, eius etiam sit RELIGIO, hoc est, Jus episcopale seu Jurisdictio spiritalis [sic].“

14 Der Augsburger Religionsfrieden gewährte, das war revolutionär, den Untertanen ein Abzugsrecht bei einem Bekenntniswechsel des Herrn (§ 24).

15 Antwort: Indem man Gewalt bei denen monopolisiert, die ein Recht schaffen und durchsetzen, das diesen Namen verdient. Oder kurz und knapp: Recht verhindert Gewalt.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

8 Wie auch immer, am Ende und sozusagen inhaltlich lässt sich Vernunft am besten wohl wie folgt definieren:

> Vernunft heißt, Probleme dort lösen, wo sie sich wirklich stellen.

In diesem Sinn ist die Methode der Wissenschaft die einzige Methode, die Objektivität (man kann auch sagen: Sachlichkeit) wenigstens ermöglicht (wenngleich nicht garantiert). Und sie ermöglicht dies, indem sie erstens prüft, ob sich unsere „Meinungen und Behauptungen" (!) logisch-folgerichtig (§ 4) aus anderen Meinungen und Behauptungen ergeben (die man natürlich auch wieder kritisch überprüfen kann). Und zweitens: ob man das, worauf sich diese Meinungen und Behauptungen empirisch beziehen, nachvollziehen kann – z.B. ein Gefühl der Empörung, wenn jemand glaubt, Unrecht erfahren zu haben.

> Empörung ist die spezifische emotionale Reaktion auf Unrecht.[16]

3. Juristische Vernunft

9 Vielleicht ist es ein Zufall, aber die Redeweise „Meinungen und Behauptungen", die wir vorhin bei Kant gefunden haben, als es um das „Rechenschaft geben" ging, hat eine deutliche Parallele im gerichtlichen Verfahren, vor allem: im Verfahren vor den Zivilgerichten (s.o. § 22, Stichwort: Relationstechnik). In diesen Verfahren unterscheidet man bei allem, was die Parteien vortragen, zwischen Behauptungen und Meinungen. „Behauptungen" beziehen sich auf das, was sich tatsächlich ereignet hat, „Meinungen" beziehen sich auf die rechtliche Bewertung.

> Der Kläger *behauptet*, der Fernsehapparat „pfeift". Der Kläger *meint*, er dürfe deshalb vom Kaufvertrag zurücktreten, Rechtsfolge: Ware zurück, Geld zurück.

Wie auch immer: Juristische Vernunft ist offenbar die Fähigkeit, **im Recht** von unseren „Begriffen, Meinungen und Behauptungen" **Rechenschaft** zu geben. Dies gelingt – mal mehr, mal weniger – mit Hilfe der juristischen **Methode** (es gibt nur eine!), die zugleich die Methode der **Rechtswissenschaft** ist. (Anders gewendet: „juristisch" und „rechtswissenschaftlich"[17] ist dasselbe).

10 Die juristische Methode besteht nun, wie wir in diesem Buch ausführlich erläutert haben, aus „**Logik, Logik, Logik**" – also aus deduktiven, induktiven und abduktiven Schussfolgerungen. Das müssen wir hier nicht nochmals explizieren (zuletzt § 39 Rn. 32). Allerdings kommen wir in rechtlich interessanten Fällen – das müssen wir uns eingestehen – niemals zu einer „einzig- vertretbaren" Begründung mit einem „einzig-vertretbaren" Ergebnis (solche Fälle sind juristisch uninteressant). Sondern es gibt in interessanten Fällen immer mindestens zwei gut zu begründende Ergebnisse – die sich aber völlig (im Sinn eines Nullsummenspiels) widersprechen: *The winner takes it all*.

Wie soll dann aber die **Vernunft** siegen?

---

16 Siehe *Joachim Lege*, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478.

17 Genauer: dogmatisch-rechtswissenschaftlich. Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie gehören natürlich auch zur Rechtswissenschaft, müssen aber nicht das tun, was Dogmatik tut: konkrete rechtliche Entscheidungen rechtlich begründen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Insoweit haben wir gesehen: Wenn es zwei Vorschläge gibt, die uns alle beide „einleuchten", dann verweist dies auf eine Art dritte Instanz – wenn man so will: auf ein „System 3"[18] –, mit dessen Hilfe man rational durchkomponierte Problemlösungen nochmals als Ganzes auf sich wirken lässt. Und was genau lässt man „auf sich wirken"? Nun: den Zusammenklang von Ergebnis und Begründung, wie man ihn in zwei konkurrierenden Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS)[19] konstruiert hat. 11

Dann wird sich am Ende beispielsweise *zeigen*: Die erste Lösung *klingt besser*, weil sie dem Wortlaut eines autoritativen Textes (also insbesondere eines Gesetzes) „besser gerecht" wird. Oder aber: Die zweite Lösung klingt trotz deutlicher Dissonanz zu diesem Text *besser*, weil das Ergebnis von Lösung 1 größere Bauchschmerzen macht.

Kurz: Es ist alles eine Frage der **Ästhetik** – Ästhetik weit verstanden als Lehre von der Wahrnehmung.

Und *was* wird wahrgenommen? Hegel würde vielleicht sagen: das Ganze. Und Marx würde vielleicht noch draufsetzen: in all seinen gesellschaftlichen Widersprüchen.

II. Die Logik und die Ästhetik des Rechts

Methode ist kein Selbstzweck. Methode „konstituiert" ihren Gegenstand – wenn man denn überhaupt Methode und Gegenstand unterscheiden kann.[20] (Man denke an Trainingsmethoden.) Was „ist" dann aber das Recht, das durch die juristische Methode geschaffen wird? Anders gewendet: durch Rechtswissenschaft? 12

Und nicht – oder jedenfalls nicht allein – durch „Politik" im weiten Sinn: was die Mächtigen wollen.

Ich sage ja immer: Recht ist die Kontrolle von Macht: Privatrecht die Kontrolle von wirtschaftlicher Macht, Öffentliches Recht die Kontrolle von hoheitlicher Macht.

1. Die Logik des Rechts: Folgerichtige Entscheidungen

Das Recht „ist" – dies übersieht man leicht – zu *ganz allererst* nicht eine Regel, die „schon da war", keine „Norm". Recht „ist" zuallererst eine Entscheidung – eine Entscheidung im Streit zweier Meinungen darüber, was rechtlich richtig ist. 13

Luhmann hat einmal gesagt: Das Recht entsteht aus der zunächst kaum merklichen Unterscheidung von unstreitigen und streitigen Fällen.[21]

Entscheidungen stehen allerdings nicht für sich allein. Insbesondere tragen sie in sich *immer schon* einen „Keim zur Verallgemeinerung", anders gewendet: Sie können „zur

18 Siehe zu „System 1" – Bauchentscheidungen mit Hilfe simpler Heuristisken – und System 2 – rationales Erfassen und Durchrechnen eines Problems und seiner Lösungsmöglichkeiten – siehe § 35 II. – Vielleicht kann man sagen: Recht ist das System 2 der Gerechtigkeit, Rechtswissenschaft ist das System 3 des Rechts?

19 Dazu § 8.

20 Denn die Methode richtet sich eben auch nach ihrem Gegenstand.

21 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 260.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Regel werden" – wenn man dies will (im Verwaltungsrecht spricht man von einer „Selbstbindung" der Verwaltung[22]).

Merksatz daher: Dogmatik beginnt mit dem zweiten Fall.

14 Das Recht, so darf man wohl sagen, „ist" dieser Wille – und zwar aus Gründen der Gerechtigkeit, verstanden als Gleichbehandlung gleicher Fälle (bei Aristoteles: Regelgerechtigkeit). Allerdings müssen dann diese erste Entscheidung und ihre Regel mit weiteren Entscheidungen und deren Regeln so abgestimmt werden, dass sich keine Widersprüche ergeben.

Denn aus Widersprüchlichem folgt, was immer man will (*ex contradictione quodlibet*).

Das Recht „will" nun – das ist geradezu sein Wesen – Entscheidungen nach Lust und Laune, in einem Wort: Willkür verhindern. Es will, dass sich Entscheidungen entweder folgerichtig aus dem ergeben, was schon entschieden ist. Oder aber: dass durch Entscheidungen Regeln geschaffen werden, die künftig befolgt werden können, ohne mit anderen Regeln zu kollidieren. Dies zu erreichen ist, wie wir hoffen gezeigt zu haben, eine Sache der Logik, und weil Logik die Lehre von der Folgerichtigkeit ist, können wir nun festhalten:

15 Die Logik des Rechts ist die **Folgerichtigkeit von Entscheidungen**.[23]

Im Recht kann man nicht „heute so und morgen anders" entscheiden.

In der Politik ist das anders. Sie kann heute, beispielsweise, begüterten Bürgern 500 Millionen Euro für sogenannte Wallboxen[24] versprechen und drei Monate später sagen: „Hoppla, es hat nur für 300 Millionen Euro gereicht, die restlichen 200 Millionen werden gestrichen. Freut euch, wenn ihr zu den ersten gehört habt …" Gerecht ist das nicht.[25]

2. Die Ästhetik des Rechts: Richtige Wahrnehmung

16 Vorhin haben wir schon kurz resümiert, inwiefern in der juristischen Methode Ästhetik eine Rolle spielt – oder sagen wir ruhig: inwiefern diese Methode in Ästhetik eingebettet ist. Wir wollen nun endlich die Frage beantworten, warum dies **vernünftig** ist – gemäß der Definition: Vernunft heißt Probleme dort lösen, wo sie sich wirklich stellen.

---

22 Siehe nur *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl., München 2024, § 24 Rn. 29.

23 Man spricht sogar, im Hinblick auf die Gesetzgebung, von einer „Pflicht zum Erlass folgerichtigen Rechts", z.B. *Andrea Kießling*, Das Recht der öffentlichen Gesundheit. Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung als Aufgaben des Staates, Tübingen 2023, S. 217–237. Natürlich kollidiert das mit dem Demokratieprinzip: Der Souverän darf im Prinzip tun, was er will. Wenn er allerdings als Gesetzgeber nicht folgerichtig handelt, missachtet er das Recht. (Und grobe Missachtung verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, der aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet wird. Das ist dann eben doch „Willkür". – Im Einzelnen gäbe es zu Art. 3 GG noch einiges mehr zu sagen, siehe § 15b Rn. 79–82.)

24 „Wallboxen" sind Ladestationen für Elektroautos, die direkt am eigenen Haus angebracht sind. Voraussetzung der Förderung war daher, dass die Geförderten ein eigenes Haus schon haben und ein Elektroauto zumindest verbindlich bestellt. Zum Ganzen schon § 38 Rn. 37.

25 Natürlich war die Wallbox-Förderung auch sozial ungerecht: Klimaschutz durch Umverteilung von unten nach oben (Steuergelder an Besserverdiener).

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Insofern bietet sich an, ein allerletztes „Schema" zu skizzieren (zu den juristischen Schemata § 23), ein idealtypisches Schema von Arbeitsschritten (die in der Realität natürlich sachlich und zeitlich ineinander übergehen). Dann sind dies die fünf Schritte, die zu so etwas wie Vernünftigkeit führen können – ich will sie die *big five* der juristischen Vernunft und damit auch des Rechts nennen:

a) Schritt 1: Richtig hinschauen, richtig zuhören.

Der erste Schritt besteht darin, genau hinzuschauen und hinzuhören. Man muss sich auf die Welt(en), die rechtlich zu regeln sind, „einlassen" und ihnen dafür die nötige Zeit und den nötigen Raum geben. 17

Deshalb heißt es in § 69 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO): „Der Zeuge ist zu veranlassen, das, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben."

Mit Peirce' Kategorienlehre könnte man sagen: Der Gegenstand und die Aussagen über ihn sollen in ihrer „Erstheit" wahrgenommen werden – in ihrer ganz speziellen, individuellen Qualität (noch besser: Identität[26]).

Ein Recht, das diesen Namen verdient, achtet darauf – man denke nur an den Satz *audiatur et altera pars* (man höre auch die andere Seite).

Siehe im Übrigen in diesem Buch die Überlegungen zum Fall als „Schnittstelle" von Sinnzusammenhängen (§24–24b; zum Begriff § 5 Rn. 42–43), aber auch zur Rechtsberatung (§§ 37–37c) und zur Gesetzgebung (§ 38).

Und man denke, auch bei den folgenden Schritten, an die sogenannte Relationstechnik (§ 22), mit der ein Gericht beide Seiten zu Wort kommen lässt, aber auch aussortiert, worauf es nicht ankommt.

b) Schritt 2: Richtig verstehen.

Der nächste Schritt besteht darin, sich selbst (mit seiner eigenen Identität) in die „andere Seite" (besser eigentlich: in alle Betroffenen) *hineinzuversetzen* – kurz: die andere Seite wirklich zu *verstehen* (ob das wirklich gelingt, wissen wir nie![27]). Dabei ist das „Sich-hineinversetzen" (oder auch: *hineindenken*) ganz weit zu verstehen: Auch wenn wir z.B. versuchen, die Natur zu verstehen, interpretieren wir sie aus unserer menschlichen Sicht – wobei die Zeiten sich wandeln. 18

Blitz und Donner wurden bei den alten Griechen von Göttern gemacht, die uns ziemlich ähnlich waren. Und wir konstruieren in das Sonnensystem Ellipsen hinein, die wir in ganz anderen Kontexten – man kann auch sagen: Sinnzusammenhängen – erfunden haben.

Das Vernünftige am Recht besteht nicht zuletzt darin, dass es immer um das Verstehen von nicht nur einer, sondern mehrerer „Welten" oder Sinnzusammenhänge geht: um

26 „Identität" kommt von lateinisch *īdem, eadem, ĭdem*: derselbe, dieselbe, dasselbe. Auf Altgriechisch heißt „selbst" übrigens *autós, autḗ, autó* – daher der Autismus.

27 Uralter, nicht mehr zeitgemäßer Witz: Männer werden nie verstehen, wie Frauen „ticken".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Welt des Rechts und um die Welten „da draußen", auf die sich das Recht bezieht. Die eine ist der Maßstab, die andere das, was mit seiner Hilfe zu beurteilen ist.

Und eine Vernunft ohne Maßstab wäre wohl keine Vernunft.

c) Schritt 3: Richtig benennen.

19 Damit zusammen hängt der nächste Schritt. Wir müssen das, was wir in der einen Welt verstanden haben, auch in der anderen Welt richtig benennen. Im Kontext der Juristischen Methode nennt man dieses Benennen „Subsumtion" (dazu § 9): Ein außerrechtlicher Sachverhalt, sagen wir: das Öffnen des Gashahns, während die Opfer schlafen, wird rechtlich so oder so benannt – zum Beispiel als Mord oder (nur) als Totschlag (vgl. § 3). Dass dies richtig oder falsch sein kann, ist geradezu ein Zeichen von Vernunft: Die Anwendung von Maßstäben ist anfällig für Fehler – immer und überall.

Dass die Subsumtion, wenn man genau hinschaut, ein sehr komplexes Gebilde ist (s.o. § 9), ist eine andere Geschichte.

20 Wenigstens nebenbei will ich zum Richtig-benennen zudem zwei wichtige Regeln der Vernunft erwähnen:

- Wenn es zwischen zwei Phänomenen praktische Unterschiede gibt, dann gib ihnen zwei verschiedene Namen – sonst verwechseln wir sie, sei es bewusst oder unbewusst.

  Man denke an das Wort „Erinnerung" bei der Haftung von Notaren (§ 34 Rn. 28–40).

- Wenn zwischen bestimmten Phänomenen *keine* praktischen Unterschiede bestehen, dann gib ihnen denselben Namen.

  „Ämter" und „Behörden" sind Ämter und Behörden. Sie werden nicht dadurch weniger bürokratisch, dass man sie in Agenturen[28] umbenennt, und sie werden nur scheinbar wissenschaftlich seriöser, wenn man sie als Institute[29] bezeichnet.

Andernfalls kommt man bei der Suche, wo das wirkliche Problem steckt, schnell durcheinander.

Weiteres Beispiel: Ein „Koalitionsvertrag"[30] ist kein Vertrag. Verträge sind rechtlich bindende Vereinbarungen. Koalitionsverträge sind lediglich politisch verbindlich. Nichtsdestoweniger werden sie oft ohne Rücksicht auf Kollateralschäden „durchgezogen".

28 Die Agenturen für Arbeit hießen früher Arbeitsämter, die Bundesagentur hieß Bundesanstalt für Arbeit.

29 Beispiel: Das Robert-Koch-Institut (RKI) ist eine „selbständige Bundesoberbehörde" im Sinn des Art. 87 Abs. 3 GG – Grundgesetz – (siehe § 2 des Gesetzes über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes vom 24.06.1994).

30 Als Koalitionsvertrag bezeichnet man in der Politik die schriftliche Vereinbarung, die von den künftigen Regierungsparteien vor Amtsantritt ausgehandelt wird; dazu schon § 38 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Schritt 4: Richtig bewerten.

Den nächsten Schritt richtig zu verstehen, ist gar nicht so einfach. Bisher hatten wir gesagt: „richtig" wahrnehmen, „richtig" verstehen, „richtig" benennen. Beim nun folgenden Schritt können wir aber nur mit Vorsicht sagen: „richtig" bewerten – denn wir wissen noch gar nicht, welches am Ende die „richtige" Bewertung und damit die „richtige" Entscheidung sein wird. Vielmehr haben alle Beteiligten ihre eigene Bewertung, und wir müssen nun diese Bewertungen bewerten. 21

Insofern muss man für beide Seiten „gefühlsmäßig" **Stellung beziehen**: Soll es so ein, wie diese Seite es will? Oder so, wie die andere es will? Dabei kann ich durchaus Sympathie für beide Seiten haben – etwa in der Frage, ob Studenten in ihren Seminararbeiten die sogenannte geschlechtergerechte Sprache verwenden dürfen oder gar sollen. Aber dies sind erst die ersten „Wertungen" – logisch gesprochen: die ersten Prädikate – und auch nicht die „entscheidenden".

Wir erinnern uns: Recht ist zuallererst Entscheidung.

Entscheidend ist vielmehr der letzte und, wenn es juristisch interessant wird, der bei weitem längste Schritt (den man natürlich schon von Beginn an im Hinterkopf hat):

e) Schritt 5: Richtig begründen.

Vernunft heißt, wie Kant sagt: Rechenschaft geben, also begründen. Vernünftigkeit muss dann wohl darin bestehen, die *richtige* Begründung zu liefern (und danach zu handeln, versteht sich). Nichtsdestoweniger müsste in diesem letzten Schritt das Wort „richtig" eigentlich in Anführungszeichen stehen – denn die Richtigkeit von Begründungen hat, wie wir gesehen haben, im Recht und in der Jurisprudenz zwei Bedeutungen: 22

„Juristisch richtig" ist alles, was (noch) „vertretbar" ist, d.h., was man mit der rechtswissenschaftlichen Methode seriös begründen kann – dies können mehrere Lösungen sein (in anderen Wissenschaften ist das nicht anders). „Rechtlich richtig" kann dann *theoretisch* nur eine einzige sein, nämlich die, nach der ein Rechtsfall zu entscheiden ist (Recht ist kein Würfeln). Ganz *praktisch* ist es dann diejenige Lösung, von der man bei abschließender Betrachtung sagt: Von allen verfügbaren Lösungen ist es die beste. Sie bringt Regel (Hypothese), Fall (Daten) und Ergebnis (Resultat) am stimmigsten zusammen. **Vernünftiger geht es nicht.**[31]

Und mehr können andere Wissenschaften auch nicht. (Ich denke gerade an die Ökonomie.)

Dass die juristischen Begründungen dann eine Wissenschaft für sich sind – wir nennen das „Dogmatik" – nun, dazu hat diese Kritik der juristischen Vernunft bzw. NJML wohl genug vorgetragen. 23

31 Das mag man offensiv – „wirklich nicht!" – oder defensiv – „leider nicht" – verstehen.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Die Ästhetik des Unrechts

24 Nichtsdestoweniger ahne ich den Einwand: Was? Ist das alles? Diese Fünf-Schritte-Liste rechtlicher Vernunft? Das hätte sich doch jeder vernünftige Mensch selbst zusammenreimen können.[32] Ich würde dem entgegnen: Umso besser – denn diese „Checkliste" richtet sich nicht nur an Fachleute, sondern an die „allgemeine Menschenvernunft, worin ein jeder seine Stimme hat"[33].

25 Im Übrigen weist sie aber auch darauf hin, worin sich eine Ästhetik des Unrechts verwirklichen kann (ich fasse mich kurz):

Ad Schritt 1 („hinschauen, zuhören"): Ignoranz. Man nimmt Dinge, die für den Konflikt oder das Problem von Bedeutung sind, ganz einfach nicht zur Kenntnis.

Ad Schritt 2 („verstehen"): Kein Bewusstsein für Biases. Man vernachlässigt, wie sehr man dazu neigt, von sich auf andere zu schließen.

Ad Schritt 3 („benennen"): Falsche Etiketten. Man bezeichnet Dinge falsch, vielleicht sogar mutwillig (siehe oben die Beispiele „Agentur für Arbeit" und „Koalitionsvertrag").

> Ein Beispiel aus der Fachphilosophie: Wenn einige Kollegen in ihren Entwürfen eines Rechts, das besser sein soll als das derzeit geltende Recht, eben dieses geltende Recht als „bürgerliches Recht" bezeichnen,[34] dann ist das einfach ärgerlich. Zum einen ist „bürgerliches Recht" ein Fachausdruck der Rechts- und Alltagssprache, er bezeichnet einen Teil des Privatrechts, nämlich den, der für alle Bürger gilt (im Gegensatz etwa zum Handelsrecht als dem Privatrecht der Kaufleute oder zum Patentrecht). Und die „bürgerliche Gesellschaft" im Sinn von Marx und Hegel – mit einem Not- und Verstandesstaat, der alles dem Markt und seinen Ausbeutungsmechanismen überlässt – diese bürgerliche Gesellschaft des 19. Jahrhunderts gibt es ganz einfach nicht mehr (der Sozialetat betrug 2024 knapp 40 Prozent des Bun-

32 Siehe auch *Kant*, KrV B 858 f.: „Ist das aber alles, wird man sagen, was reine Vernunft ausrichtet (…)? (…) so viel hätte auch wohl der gemeine Verstand, ohne darüber die Philosophen zu Rate zu ziehen, ausrichten können."

33 *Kant*, KrV B 780. Und auch B 859 (Hervorhebungen J.L.): „Aber verlangt ihr denn, dass *ein Erkenntnis, welches alle Menschen angeht, den gemeinsamen Verstand übersteigen*, und euch nur von Philosophen entdeckt werden *solle*? Eben das, was ihr tadelt, ist die beste Bestätigung von der Richtigkeit der bisherigen Behauptungen, da es das, was man anfangs nicht vorhersehen konnte, entdeckt [hat], nämlich, daß die Natur, in dem, was Menschen ohne Unterschied angelegen ist, keiner parteiischen Austeilung ihrer Gaben zu beschuldigen sei, und *die höchste Philosophie in Ansehung der wesentlichen Zwecke der menschlichen Natur es nicht weiter bringen könne, als* die Leitung, welche sie [die Natur] auch dem *gemeinsten Verstande* hat angedeihen lassen."

Anders gewendet: Was am Recht vernünftig ist, müssen alle Menschen als vernünftig einsehen können. Sie merken ja auch recht schnell, wenn das Recht seinem eigenen Anspruch nicht mehr gerecht wird.

34 *Menke*, Kritik der Rechte (Fn. 3), z.B. S. 224 f., *249 f.*, 296–307, 405 f.; *Loick*, Juridismus (Fn. 3), z.B. S. 307 ff. (im Anschluss an Menke), 333. – Nebenbei: Das „soziale Recht", das Loick dem „bürgerlichen" entgegensetzt, versteht sich „wesentlich als Lehre [!] und nicht als Befehl". Zudem sei es „in besonderer Weise gegen ideologische Verfestigungen gefeit, weil es von sich aus zur kritischen Stellungnahme und demokratischen Transformation [?] einlädt." Mir kommt bei einem Recht als „Lehre" eher in den Sinn: „Die Partei / Die Partei, die hat immer Recht" (§ 5 Rn. 32 mit Fn. 62).

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deshaushalts[35]). Wo liegt dann also das Problem eines „bürgerlichen" Rechts? Beim „Bürgergeld"[36]?

Außerdem: Wenn ein Entwurf mit einen Lenin-Zitat endet,[37] darf man wohl mit Recht um die Zivilisation bangen (lateinisch *civis* = Bürger).

Ad Schritt 4 („bewerten"): Falsch verstandenes „Judiz". Man kann nicht davon ausgehen, dass das eigene Rechtsgefühl oder Judiz immer richtig liegt. Oder gar: dass man im Recht die richtigen „Wertungen" außerhalb der Logik zu finden habe.

Ja, doch, wirklich: Die „Wertungsjurisprudenz" folgt der Ästhetik des Unrechts.

Ad Schritt 5 („begründen"): Deduktion aus Großformeln. Es ist viel zu leicht, alles Mögliche aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder aus der Würde des Menschen abzuleiten. Und es ist auch nicht jede Rechtsfrage eine Frage des Verfassungsrechts.

4. Resümee: Respekt, Disziplin, Gesamtschau

Die vorliegende Kritik der juristischen Vernunft oder auch Neue Juristische Methodenlehre (NJML) hat sich durchgehend bemüht, den Ball flach zu halten – *down to earth*, sozusagen. Ich halte wenig von Ethik-Phantasien. Nichtsdestoweniger will ich zum Abschluss auch einmal ethisch begründen, warum das Recht etwas Vernünftiges ist oder jedenfalls sein kann – wenn man es achtet. 26

Recht heißt nämlich zunächst einmal: Respekt haben. Respekt vor denjenigen, die „Recht suchen" und dabei gute Gründe haben. Dem dient, *horribile dictu*,[38] nicht zuletzt etwas derart Profanes wie die Relationstechnik (§ 22), denn sie lässt beide Seiten nacheinander zu Wort kommen – prüft dann aber auch, worauf es rechtlich ankommt.

Recht ist sodann Disziplin. Wir können nicht ewig verhandeln, wir müssen entscheiden. Deshalb haben wir und brauchen wir autoritative Texte (§ 14 Rn. 15–27 [22]), über die wir nicht mehr diskutieren müssen („Stoppregeln") – es sei denn, sie führen uns zu unerträglichen Ergebnissen. Des Weiteren haben wir und brauchen wir bestimmte Schemata, die vorhersehbar machen, wie eine rechtliche Prüfung ablaufen wird (§ 23). Und wir haben und brauchen vor allem die juristische Logik, also die Lehre vom folgerichtigen Entscheiden.

---

35 *Menke*, Kritik der Rechte (Fn. 3), trägt dem dadurch Rechnung, dass er das Sozialrecht neben dem gesamten Privatrecht ebenfalls dem „bürgerlichen Recht" zuschlägt (S. 304). Und zuvor wird definiert: „Bürgerliches Recht ist das Recht, das den Eigenwillen des Subjekts voraussetzt" (S. 249). Nun ja. – Nebenbei: Die auf S. 303 zu Fußnote 271 zitierte Stelle aus Kants „Gemeinspruch" bezieht sich nicht auf ein Sozial*recht* – das eben subjektive *Rechts*ansprüche gegen den Staat begründet –, sondern auf eine paternalistische Regierung schlechthin.

36 Für die Nachwelt: „Bürgergeld" ist seit 2022 die beschönigende Bezeichnung für das, was vorher „Arbeitslosengeld II" und „Sozialgeld" genannt wurde (inoffiziell „Hartz IV"): die „Grundsicherung für Arbeitsuchende", geregelt im Sozialgesetzbuch II (SGB II).

37 *Menke*, Kritik der Rechte (Fn. 3), S. 407: „Das neue Recht ist daher das Recht, dessen Gewalt darin besteht, sich aufzulösen: die Gewalt, die mit ihrer Ausübung" – jetzt kommt Lenin – „‚sofort […] beginnen wird abzusterben'."

38 Latein für: „schrecklich zu sagen".

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht ist schließlich eine Gesamtschau. Das Wahre, besser: Richtige, ist bei uns *wirklich* das Ganze. Das Ganze der rechtlichen Konstruktion, das Ganze dessen, was sie in den Umwelten des Rechts erfasst und auch nicht erfasst, das Ganze sogar im Hinblick auf die Verzerrungen (*biases*), die eine jede Gesamtschau mit sich bringt. Auch das Recht sieht nur das, was es gerade sieht.[39] Aber es weiß vielleicht besser als viele andere Sinnzusammenhänge (zum Begriff § 5 Rn. 42–43), dass dies nicht „alles" ist.

Nicht zuletzt deshalb sollte man auch als Nicht-Jurist einmal versuchen, sich in das Recht „hineinzudenken" (siehe oben Schritt 2).

III. Die zweitbeste Lösung

27 Ich wollte diesen allerletzten Abschnitt eigentlich überschreiben mit: Wird das Recht der Welt gerecht? Und ich hätte ganz knapp geantwortet: Vermutlich ja. Wenn es gut gemacht ist.

Allerdings erschien mir dies dann doch zu defensiv. Ich will das Recht nicht verteidigen, ich verlange Respekt (*j'accuse*, nicht *j'excuse*). Und ich verlange dies gerade deshalb, weil das Recht immer nur die zweitbeste Lösung ist. Besser sind Liebe oder Gewalt und alles, was uns sofort glücklich macht. Recht heißt stattdessen: Abstand gewinnen, Regeln finden, mit denen wir auf lange Sicht alle glücklich werden können.

Auch wenn es etwas Mühe macht.

39 Siehe zu WYSIATI – *what you see is all there is* – oben § 35 Rn. 34 f.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Danksagungen

Dass ich dieses Buch schreiben durfte, war nicht selbstverständlich. Im Vorwort erwähnt habe ich schon die großzügige und jederzeit unkomplizierte Unterstützung von Seiten der VolkswagenStiftung (die mit VW, wie gesagt, nur die Herkunft des Stiftungsvermögens gemeinsam hat). Sodann müssen an erster Stelle meine beiden „akademischen Lehrer" genannt werden, also die beiden Professoren, die, wenn ich das so salopp sagen darf, „an mich geglaubt" haben: Alexander Hollerbach und Reinhold Zippelius. Ich habe mir von beiden viel – und ganz Unterschiedliches – abgeschaut.

Aber dieses Opus magnum („große Werk") ist in gewisser Weise auch ein Lebenswerk. Daher gibt es mir Anlass, wenigstens einigen der vielen Menschen zu danken, die mir in diesem akademischen Leben beigestanden haben. Zuallererst sind dies, in meinen ersten vier Semestern in Bielefeld, Michael Wilker und Kay Wulkow. Bei Reinhard Mey heißt es einmal: „… in einer Geste, einem Wort / lebt ihr in meiner Gegenwart". Auch heute noch.

In den Freiburger Jahren sind dann viele weitere prägende Freunde und Freundinnen hinzugekommen: Christof Gramm, Christoph Enders, Andreas Maschke, Claudia Bittner, Werner und Nicou Bachmann, Matthias Schollen mit Angelika Musella und den drei „Mädels". In der Erlanger Zeit verdanke ich am meisten Anja Beyer, Sabine Kick, Ute Rosenbusch-Winkler, Joachim Renzikowski, Christoph Ann (er hat mir den letzten Stups in Richtung „akademischer Karriere" verpasst).

Nach der Habilitation, im professoralen Gang durch die Institution „Universität", sind es zuvörderst die treuen Mitarbeiter, denen ich danken will. In Dresden waren es ganz besonders Ilona Glöckner, Ines Vondran und Harald Dähne (der mir sogar nach Greifswald gefolgt ist), auf Ausleihbasis (Lehrstuhl Bauer) auch Marcus Pleyer und Christoph Möllers. In Greifswald sind vor allem zu nennen: Jana Prieß, Dominik Richers, Kerstin Wolf, Sonja Gelinek, Lena Foljanty (und Ulrike Lembke vom Lehrstuhl Classen), Jonas Kühne, Frauke Wolschke, auch Christian Wuntke (für die Zeit beim DJFT). Die „letzte Crew", die dieses Opus magnum Zeile für Zeile mit mir durchgeackert hat, waren dann: Jona Domning, Helena Kater, Anna-Sol von Sartori-Montecroce, Patrick Kleiner, Florian Meier, Maximilian Menzel, Jens Noske, Paul Teubner, Tom Wolf. Teile gelesen haben, wieder auf Ausleihbasis, Beate Lüder, Christine Hecker (Lehrstuhl Kischel), Tim Seidensticker (Lehrstuhl Classen).

Was die Kolleginnen und Kollegen auf professoraler Stufe angeht, so fürchte ich sehr, den einen oder die andere zu übersehen. Spontan fallen mir als Freunde und Förderer ein: Rolf Gröschner, Katharina Sobota aka Gräfin von Schlieffen; Hartmut Bauer, Ulrich Fastenrath, Ursula Stein; Claus Dieter Classen, Stefan Habermeier, Olaf Hohmann, Uwe Kischel, Heinrich Lang, Sigrid Lorz, Grischa Merkel, Michael Sauthoff, Sabine Schlacke, Steffen Schlinker; Eva Maria Belser, Christoph Bezemek, Andrea Edenharter, Susanne Hähnchen; Tiziana Chiusi, Gabriele Schmölzer, Christian Hattenhauer, Wolfgang Portmann.

Im privaten Umfeld haben Peter Meisel und Wolfgang Völker in großem Umfang die Testleserschaft übernommen, in geringerem Umfang Margarete Jarchow und Norbert Hosten.

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Besonderer Dank für Unterstützung in der letzten Phase des Buches gebührt Bruno Blüggel von der Greifswalder Universitätsbibliothek, Britta Wellnitz für penibles Korrekturlesen, Stephan Kirste und Urs Kindhäuser für guten Rat und Schulterschluss. Dem Nomos-Verlag, namentlich Johannes Rux, Joanna Werner und Stefan Zoller, danke ich für die Geduld mit mir und diesem etwas „irren" Werk.

Dass ich ohne meine Zwillingsschwester Jutta niemals auch nur annähernd so gut Latein und Griechisch gelernt hätte, will ich zum Abschluss nicht verhehlen.

Greifswald, im Herbst 2025 Joachim Lege

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sachverzeichnis

50 halbwüchsige Fichten **9** 13 **10** 1
§ 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB **28** 14-16 **38** 33
Abduktion, abduktiv **3** 25-26 35 **6** 23-24 45-72 **8** 18 **16** 8 Fn 14 15 **17** 2 **19** 29 Fn 59 61 **21a** 18 **25** 1 19-32 (21) **32** 7 **34** 75 **36** 14-15 **38** 53 **39** 9
– Blitz, wie ein **6** 46
– „die Welt steckt voller -en" **6** 71-72
– doppelte - **8** 28
– drei Spielarten **6** 47-48 **25** 22-23
– vom Fall her **6** 61-67 **25** 24-26
– vom Resultat (Ergebnis) her **6** 49-53 31-32
– von der Regel her **6** 54-60 **25** 27-30
– ein Zusammenschluss von Schlüssen **6** 46 51
– qualifizierende **6** 70, **8** 20 24 **9** 18
– qualifizierte **6** 69 **8** 19
Abflugrouten (Fall) **17** 20
Ablaufdiagramme **14** 45-49
Ablenkung **35** 7
above average effect **35** 43
Abstimmungen, Regeln für **36** 22
abstrakt **15c** 25
– Verbot -r Regelbildung? **18** 74
„abstrakt-generell"/„konkret-individuell" **14** 8 **15a** 41 **15c** 5-6 80
– als untaugliche Kriterien **19** 25 34
Abstraktionshöhe **6** 37-39 **38** 45
– mittlere **39** 24 27 *30* 43
Abstraktionsprinzip (Sachenrecht) **20** 23-24
Abwägung **15b** 52-62 **18** 79-96 **38** 33
– Abwägung III als Kollision von Regeln **15b** 59-62 **18** 80
– als zweite juristische Methode? **18** 81
– drei Arten der - **15b** 53-56 57-58 59-62 **18** 79
– -sresistente Positionen? **18** 95
Abwägungsfehlerlehre (Baurecht) **15a** 61-64 74 **15c** 28 **28** 7-11 28-29 **34** 52 54 59
– Abwägungsfehlerfolgenlehre **28** 12-13
Achtung vor dem Recht **31** 17-20 103-104
acte-clair-Doktrin **16** 58-61 **18** 70-72
adäquat **36** 17
a difference that makes a difference **5** 21 **24** 10
Äquivokation **2** 30 **34** 26-46
Ärzte, Die (punk-rooted Band) **30** 27
Ästhetik **16** 36 **18** 77 **21a** 5 13 24 **24** 24-27 **24a** 42 44 **25** 1-3 9 **29** 1 38 **30** 9-10 50 54 **31** 6 *25-102 104* **3234** passim **36** 26 **37a** 22 **37c** 2 **38** 39 58 **39** 45 **40** 11 16-25
– ästhetische Begriffe, Eigenart der -n - **33** 5
– ästhetische Güte/Qualität **33** 29
– als Sinnzusammenhang **24** 24-26 **24a** 44
– als Lehre von der Wahrnehmung **24** 27-28 **31** 26-28
– A und O des (juristischen) Denkens **32** 29
– Begriff der - **31** 26
– der Logik **31** 50
– der Wissenschaften **31** 55-61
– des Rechts **31** 94
– des Syllogismus **31** 51 **34** 76
– in zweierlei Sinn (Gesamtheit und Bereichsästhetiken) **31** 50 65
– ist der letzte Halt **35** *76*
– Juristische - siehe dort
– Leistung der - **31** 25 62-85 (63)
– ist Intersubjektivität im Nicht-Sagbaren **31** 63
– Rechtsästhetik siehe dort
– und Ökonomie **vor 35** 4
– und Logik **15d** 23-24 **21a** 14
– und Wahrheit **31** 33 55-56 60-61
– „von allem und überhaupt" **31** 70
– von der Wahrnehmung über die Kunst bis zum Gelingen **33** 2 **35** 76
– Wundpflaster für Rationalitätslücken **32** 26
Ästhetik des Rechts und der Jurisprudenz **24** 27 **40** 16-23
Ästhetik des Unrechts **40** 24-25
Akkord, Umkehrung eines -es **6** 18 30 34
Akte X (TV-Serie) **5** 24 Fn 50
Aktenspiegel **22** 6
Aggregatzustände
– von Erkenntnis **5** 120 **18** 81
– der Logik **10** 12 **29** 1
Aha-Erlebnis **6** 25 53
AI (Artificial Intelligence) siehe Künstliche Intelligenz
Airbus-Werkserweiterung **36** 24
Alcan (Fall) **18** 59-60
allgemeine Rechtsgrundsätze **18** 2 Fn 2
Allgemeine Rechtslehre **1** 19
Allgemeiner Teil **11** 40-41 **19** 43 59 61
– im BGB **11** 40
– im StGB **11** 41
„allgemeines Gesetz" (Art. 5 Abs. 2 GG) **27** 32-33
alt/neu **31** 76-79 **33** 35
Alternative **16** 34 **32** 20 **33** 40

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Reduktion auf zwei Lösungen **10** 33 **33** 40
siehe auch *beauty contest*
Alternativität/Exklusivität **18** 15
Amistad (Schiff und Film) **30** *1* **31** 61 **34** 64
Amtseid des Bundespräsidenten **34** 22
Amtsermittlungsgrundsatz **22** 4
Anachronistischer Zug (Fall) **6** 25 **10** **31** 46
analog/digital **3** 39 **30** 23 49 **33** 8 42
Analogie **6** 35-36 **16** 8-41 **27** 10
– Einzel- **16** 10-11
– Gesamt- **16** 12-20
– Tatbestands- und Rechtsfolgen- **16** 21
Analogie, methodologisch
– herrschende Meinung zur - **16** 22-32
– Prüfschema **16** 22
– richtige Meinung zur - **16** 33-36
– Prüfschema **16** 37-41 **24a** 39
Analogiebildung, Fähigkeit zur **34** 62
Analogieverbot **29** 5
anchoring **10** 38 **35** 50
Anfängerglück **35** 56
Angeklagter, letztes Wort **36** 22
Angemessenheit (*aptum*) **35** 15
– des Begründungsaufwands **34** 79-83
– nach angemessenen Kriterien **31** 100-101 **33** 25-27 **35** 60 **36** 26
– System 1 oder System 2? **35** 15
Anschauungen
– ohne Begriffe **5** 36 **24b** 52
Anscheinsgefahr **35** 59
Antigone **11** 5 27
Anwaltshaftung **14** 66
– für Fehler des Gerichts **14** 67
Anwartschaftsrecht **17** 10-15 **25** 7
Anwendung siehe Rechts„anwendung“
„Anwendung und Fortbildung“ des Rechts **31** 79
Anwendungsteil siehe Maßstabteil
Anwendungsvorrang
– der rangniedrigeren Norm **18** 42 **23** 6 8
– und „Anwendungsvorrang“ (EU-Recht) **18** 43 55
– und Geltungsvorrang **18** 40-42
Argument (Terminus) **vor 13** 2
Argumentation
– -slast, Regeln zur **18** 92
– -stheorie **1** 27 **21a** 3 **39** 14
Argumente, *argunenta*
– *a fortiori* (*a minore ad maius*, *a maiore ad minus*) **2** 28 **16** 42-44
– *e contrario* (Umkehrschluss) **16** 62-64
ars siehe *téchnē*
„Art und Maß“ (Qualität und Quantität) **33** 29
Artefakte, Wettstreit zweier - **33** 21-24 **34** 39-40
Artikelgesetze **38** 34-35
Arzt **32** 36
Atomausstieg **19** 38
audiatur et altera pars **36** 9 **40** 17
auctoritas non veritas facit legem **14** 23 **22** 36 **23** 12 **24** 7
Aufmerksamkeit (als knappe Ressource) **35** 6-7
Aufopferung für das gemeine Wohl **14** 31
Aufrechnung, keine - gegen Forderung aus unerlaubter Handlung **26** 10
Augenschein, Beweis durch **24a** 21-22
Augsburger Religionsfrieden **40** 7
„ausdrücklich“ = implizit (?) **29** 6-16
Auslegung **13** 2-3 **33** 25
– Begriff **18** 65
– *contra legem* **16** 5-7 54-57 **18** 68-69 **21a** 9 **25** 32 **27** 10 **29** 3-19
– ist ein Widerspruch in sich selbst **27** 10 **29** 3
– bei Savigny
– - gesunder Gesetze anders als - mangelhafter Gesetze **15d** 12 1-9
– - umfasst auch Rechtsfortbildung **15d** 13 20
– europarechtskonforme **18** 55-77
– „lückenfüllende“ (!?) **15c** 59 64
– systematische **15b** 62 **15c** 44 **15d** 2 12 **18** 2 62 82 **21a** 9
– teleologische **15d** 2 8 25 **18** 58 **21a** 9
– verfassungskonforme - **18** 52-54 **23** 7
– versus Rechtsfortbildung **10** 36 **13** 3
– völkerrechtsfreundliche - **18** 78
– Wortlaut als Grenze der - **29** 10
Auslegungsregeln **37a** 50 55
„Auslegung und Anwendung“ **13** 2 **18** 85 **37b** 10 Fn 22
Ausnahmen, Auslegung von **18** 50
Aussage („Urteil“) **5** 22-87 (42) **15b** 1-2
– Begriff der - **5** 24-25
– normative Aussagen siehe Werturteile
Aussagenquadrat **5** 62
– siehe auch Normenquadrat
Außensicht gewinnen **35** 72 **36** 3 15
„außergewöhnliche Umstände“ **27** 23-24 28
Authentizität siehe Kunst
Autopoiesis (des Rechts) **26** 1
Autorität **14** 23-27
– juristische **14** 70-75
– rechtliche **14** 57 60-69
– von Präjudizien **14** 80
autoritative Rechtstexte **10** 8 **14** 14 15-27 69 82 84 88 94-96 **15c** 46 **18** 10 55 63 65 **22** 12

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

23 14 24 49 **31** 71 **34** 53-54 56 59 61 83 **37** 3 **37a** 29 **39** 23-24 **40** 26
– Definition **14** 22
– Ethik der Interpretation von -n -n **15c** 79-85
– in die S-Bahn steigen **14** 81
– kein Platz für Ironie **30** 11-12
– sind Stoppregeln **40** 26
– und Positivismus **39** 10-11
– von Gerichten **14** 57-58
siehe auch Rechtsquelle
Bademeister-Beispiel **27** 38-40
banausía **1** 33 **32** 8 **34** 66
Bauchgefühl **5** 33 **35** 25 27 29
BauGB (Baugesetzbuch)
– Namensgebung **28** 6
Bauleitpläne **28** 7
bauliche Anlage **15a** 18 **34** 17-21
Bayerischer Senat (Fall) **15c** 53-66
beauty contest
– zweier Syllogismen **9** 18 **10** 33 **29** 9-11 **33** 20-24 **34** 39-40
Bedeutung (Sinn) **5** 9 23 *24* 42 46 57-58 *91* **9** 32 **10** 5 31-32
Begriff **5** 6-21
– als dreistellige Relation **15a** 3
– als geronnene Regel **5** 18-21 **11** 4
– als Knotenpunkt **5** 19
– Begriff des -s **5** 9 **9** 21-22 **15a** 2-5
– ein - ist alles, was aus ihm folgt **5** 14 14-21 120 **9** 2 **10** 5 **19** 3 **32** 28
– extensionale Begriffsbestimmung **15a** 7-11 65-67 **15c** 33
– Inhalt und Umfang = Intension und Extension **3** 18 **8** 25 **9** 20-22 *23* **10** 1 **15a** 5
– intensionale Begriffsbestimmung **15a** 5 12-28 29-46 47 58-59 **15b** 18-19 **27** 23
– „kommt von begrenzen" **10** 27 **25** 28
– Unschärfe **24** 16
– „- vom Hunde bedeutet eine Regel" **5** 20 **9** 4 **19** 3
– zwei körperliche Eckpunkte und ein unkörperlicher **15a** 3
siehe auch Definition
Begriff: Intension und Extension = Inhalt und Umfang **9** 20-23 **15a** 5 **21a** 21
– Wechselwirkung und Ergänzung **3** 18 **15a** 86 **15b** 25-27
Begriff – Urteil – Schluss: siehe unter Logik
Begriffs-
– bäume **14** 42-44
– bestimmung
– siehe Definition
– Umschreibungstechnik **15a** 29-46
Begriffsbildung
– ist Regelbildung und umgekehrt **11** 4
Begriffsjurisprudenz **1** 18 **39** 5-6
Begriffs-
– kern und Begriffshof **15a** 8 **15b** 23 Fn 22 **19** 37
– strategien **2** 30 Fn 69 **24a** 46
Begründung **33** 8-16
– -saufwand **34** 79-83
siehe auch Entscheidung
Begründungszusammenhang **5** 87 **10** 21
behaupten vs. meinen **22** 9 **40** 6 9
Behörde (Begriff) **37b** 1 Fn 1
Beibringungsgrundsatz **22** 4 **24b** 20 **37b** 3
Benediktinerregel **38** 1
benennen, richtig **40** 20
Benetton-Schockwerbung (Fall) **18** 90
Benzolring **6** 71
Berechenbarkeit **35** 69 **36** 20
Besitz
– Recht des -es (Savigny) **19** 4-16
– gegenüber Eigentum **19** 9
„bessere Entscheidung" **32** 29-30 **33** 20-41 **38** 48
besser/schlechter **33** 8-9 **36** 4
beste Begründung, Konzept der -n - **31** 60-62 87
Betriebswirtschaftslehre (BWL) **35** 19
Beurteilungsspielraum **9** 3 **15a** 70-75
Beweis
– maß **24a** 40-42
– regeln **24a** 37-39
– vereitelung **24a** 39
– verwertung **24a** 34-42
– würdigung **22** 13 **24a** 38
Beweisanträge **37b** 8
Beweislast **22** 12-14 21-22 **24a** 35-36 **37b** 15
– Rosenbergsche Formel **22** 12
Beweismittel **24a** 15-25 26-35
Bias, *biases* **5** 48 **10** 38 **24** 30 **24a** 8 **30** 21-22 **35** 20 *21-23* 29 32-47 (38-39 42 44-45) *46-47 48-59* **37b** 6 11 **38** 12 61-62
– Basic Biases **35** 33-59
– bei Richtern **35** 3 50
– Juristenbias **31** 84
– Kahnemans Differenzen mit Gigerenzer **36** 25
– Kahnemans eigener Bias **35** 55
– und Heuristiken **35** 21-23
– wie soll man's übersetzen? **35** 29 46-47
Bielefeld-Potsdamer Kolloquien **39** 41
Bikonditional **5** 115-116 **15b** 8
Bildungsgang (Platon) **21a** 2-5
– siehe auch *studium generale*
Billigkeit **11** 38-39 **27** 23 **29** 3
binär **30** 23 49 **33** 8 42

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– siehe auch digital
Biologie (Kant) **31** 38
Böckenförde-Diktum **5** 54 **9** 16
Bohème **31** 44
Bohnenbeispiel (Peirce) **6** 18-30 33 40 46 50 56 64
– zwei Korrekturen daran **6** 23-26
Bologna **24b** 30 44
Bundestagsauflösung **15a** 77-80 **15b** 71, **15c** 17-19 67 **16** 48-49
Bundesverwaltungsgericht
– juris PraxisReport **14** 79 **24b** 12 **28** 14 Fn 18
Bundeswahlgesetz 2020 **14** 50
Bundeswahlgesetz 2023 **14** 73
Bundeswehr, Auslandseinsätze der **29** 6-19
Bußgeldbescheid **11** 45
canon, canones siehe Kanon
Canossa **24b** 44 Fn 69
Cautio Muciana **6** 38 **38** 45
Caveat **33** 13 16
case law **11** 16 21-22 **14** 53-55
cessante ratione legis cessat lex ipsa **29** 3
chain novel **25** 3 **33** 33
ChatGPT **31** 71
Checklisten **34** 3-7 **35** 64 **38** 24-26
Christentum, christlich **5** 50 **24b** 29-30 43 **31** 6 37 **34** 50
clare et distincte (klar und deutlich) **1** 6 **19** 56
Common law **14** 53
concrete reasonableness **19** 15 **31** 89 99 **36** 10
confirmation bias **36** 2
Conseil d'État **16** 58
context of discovery/justification **5** 87 **10** 23
contradictio in adiecto **15c** 64
contra legem siehe Auslegung
– contra-legem-Verbot 54-75
Corpus Iuris Civilis **14** 30 **19** 10-11 **20** 32 **24b** 46
cuius regio eius religio **40** 7
culpa in contrahendo (cic) **16** 16-20
Daten – Fakten – Interpretationen **6** 49 **9** 11 Fn 28
Datum, Daten **6** 2 24-25 27 29-30 48-54 60 70 **9** 11
– neues Datum **6** 24-25 27
„darauf ausgehen/darauf ausgerichtet sein" **3** 19 **29** 26-32
dass nicht sein kann, was nicht sein darf **5** 27 Fn 55
„Deal"
siehe Strafprozess, auch Koalitionsvertrag
Deduktion – Induktion – Abduktion **6** passim **8** 11 34 **9** 32 **25** 11 19 **29** 1 36 **31** 94 **36** 11 **40** 10
deduktiv, Deduktionen (formal zwingende Schlussfolgerungen) **6** 4-31 **8** 6 17
– Begriff (Definition) **6** 10
– Deduktion vs. „Induktion" **6** 5-14
– deduktiv vs. nicht-deduktiv **3** 9-10 22-27 **6** 16-27 29-31
– Deduktivität (Zwingendheit) **3** 22 **6** 7 14
– zwingend/nicht-zwingend **6** 9-13 **8** 8-9 11
Definiens und Definiendum **8** 19 **15a** 17 19
Definition(en) **15a** 13-28
– als Begrenzung (*finis*!) **25** 28
– juristische -en (Beispiele) **15a** 20-23
– klassische Formeln **15a** 14 17
– im Zivilrecht gefährlich **15a** 29
– Legal- (besser: Legislativ-) **15a** 24-26
Definitionsmacht **23** 16
„Definition und Subsumtion" **3** 13 **15a** 13
– Mittäterschaft **34** 57 59
„Delikt und Vertrag" **11** 39 **18** 11 14 **23** 44
Demokratie **11** 8 **23** 14 **24a** 50 **30** 25 **38** 57 61-63
– deliberative **5** 83 **38** 38
– Ministerial- **38** 62
– -prinzip **15b** 77-78 **15c** 47-52
siehe auch Virginia Bill of Rights
– und gutes Handwerk **38** 65
– und Wahrheit **11** 8 **38** 64
– woran sie zugrunde geht **20** 28 **23** 14
Denken **4** 5-6
– „es denkt uns" **3** 33-34, **9** 16
– juristisches - **1** 32
– von Tieren **6** 71
Denkfehler **4** 6
Denkhandlung **9** 11 Fn 25 **15c** 25 **29** 2
Denksport-Entscheidung (Österreich) **14** 49 Fn 86
Deontologie **31** 9 11
deskriptiv/präskriptiv (bzw. normativ) **5** 28-30 **34** 45 **36** 25-26
Deskriptivität
– als eine Art von Normativität **5** 48
Dialektik **1** 3-4 **5** 102-103 **21a** 3
– die Mathematik hinter dem Begründen/Argumentieren **5** 103 **21a** 4
Dialogik **32** 12-13
Dicker-Hund-Theorie **15a** 72 **15c** 51 **16** 5 **17** *18* 27 38 **18** 34-38 95 **27** 19 **28** 11 **33** 28 **34** 54
Digesten/Pandekten **19** 11
digital/analog **3** 39 **30** 23 49 **33** 8 42
Diskriminierung **36** 2

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diskurs
– rechtlicher - **vor 30** 1
Diskurstheorie (Habermas) **39** 14
distinguishing **11** 21
Disziplin **40** 26
Diversität **33** 18
DKP **29** 21 23-24
DNA **6** 60
Dogmatik **vor 3** 1-2 **10** 32 **11** 6 7-13 34 39 45 49, **14** 22 26-27 90 92-93 **19** 4 **23** 3-4 13 **30** 25 47-48 51-52 **33** 36-37 **36** 19-20 **39** 19-34 (*30*, *31-34*)
– beginnt mit dem zweiten Fall **11** 9 **36** 19 **39** 30
– Begriff **10** 32 **11** 8 **30** 51-52 **39** 31
– Hypertrophie an Sekundär- und Tertiärliteratur **39** 24
– Medizin **1** 4 33 **2** 34 **39** 20
– *reasoning from case to case* **36** 19
– Theologie **11** 7 **39** 24
– Verhältnis zu „Wissenschaft" und „Praxis" **11** 11
– wie die NJML sie versteht **39** 31-34
siehe auch Rechtserkenntnisquelle
dogmatische Figuren **17** 6
Dogmatismus **31** 92 101
doppelte Kontingenz **10** 31 **15b** 24
doubt/belief **5** 18 **18** 72 **24a** 42 **30** *5*
Drei-Kandidaten-Lehre **15a** 9-10
Dreistufentheorie (Bundesverfassungsgericht) **10** 18-20 **25** 7
Dresscode **24** 11
Drill **21a** 11
Drittheit (*thirdness*) siehe Kategorienlehre (Peirce)
Drittmittel **35** 40
Drohnen (Platon) **5** 32
dünnes Eis **39** 49
Durchgangserwerb **17** 14
Durchhaltevermögen **35** 8-10
Dynastien, Recht der **35** 70
$e = mc^2$ **6** 60 **31** 70
effet utile **18** 58 67
Ehe **4** 3 **10** 31 **15c** 70 **16** 6 **26** 2 6
Eideshelfer **24a** 31
Eigentum **19** 18-42
– als Grundrecht **11** 38
siehe auch Enteignung
– Erwerb durch Verarbeitung **19** 46 54
– gegenüber Besitz **19** 9
– lebensweltliche Grundlage: wirtschaftliche Güter **19** 27-28
– verpflichtet **19** 30 **20** 11
Eindruck/Ausdruck **33** 29-31
ein einfacheres Problem lösen **35** 25
einfaches Recht (im Gegensatz zum Verfassungsrecht) **23** 8 **27** 14
Einheit in der Vielfalt **31** 45
„Eingriffsbegriff" **14** 68
Einsatz, persönlicher **31** 21
Einschätzungsprärogative **15a** 79
– des Gesetzgebers **15a** 81
Einzelfall
– wie einzeln ist der -? **27** 20 29 35-36
siehe auch Keim zur Verallgemeinerung
Einzelfallgesetz **38** 50-54 67
Einzelhandelssteuerung **36** 24
Einzelrichter **24b** 3
Eisberg **32** 15
Eisenbahn (Definition) **34** 87
Eiserne Ration **32** 6
Eistees **31** 78
elektronisches Basisdokument **22** 35
Elfes (Fall) **18** 29 (Sachverhalt)
Eltern
– Schenkungen an Kinder **16** 51
Embryo, menschlicher **5** 4 9-13 21 93 **9** 21
Emotion, emotional **5** 37-39 **6** 68 **10** 34 40 **24** 23 **33** 23 28 39-41 **36** 4 **37b** 11
– Emotion pur **3** 21 **5** 38 **6** 68 **31** 41 **33** 41 **34** 91
Empirie siehe Erfahrung
Empörung **40** 8
EMRK/EGMR **18** 78 **29** 24-33
Energie-Metapher **32** 23
Enteignung **5** 6-7 **16** 43 **19** 18-67 **24a** 48 **34** 24 42
– Definition **19** 33 35
– und „Enteignung" **20** 2-21 **34** 27
– und „enteignungsgleicher Eingriff" **16** 43 **19** 67 **26** 8
– und Inhalts- und Schrankenbestimmung **6** 71 **15a** 31-36 **19** 18-41 **25** 28
Enthymem **2** 23-24
Entscheidung, entscheiden **6** 3 **22** 14 **30** 4 **33** 7 19 42 **35** 1 **40** 11-15 21 26
– durch einen Dritten **36** 9
– Einheit von Ergebnis und Begründung **9** 29 **33** 19
– Paradoxie der - **30** 3-6 **34** 91
– -ssituation **33** 39-41
Entscheidungszwang **22** 14 **25** 3 **24a** 41
Entschuldigungsgründe **2** 11
epicheírēma, Epichirem **2** 21-22 **6** 53 **8** 17 30
Erfahrung **5** 76-80 **9** *11* **30** 30-35 48 **31** 93
Erfindungshöhe **17** 5 **25** 7 13 18
Erfindungszusammenhang **5** 87
Ergebnis **26** passim **33** 7-16 **34** 35-36
– Manipulation des -ses **21a** 23
– Orientierung am **11** 20

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

siehe auch Entscheidung
siehe auch „vom Ergebnis her“
erhaben, Erhabenheit **31** 31-36 38
Erheblichkeitsprüfung **22** 10
Erinnerung und „Erinnerung“ **34** 28-40 66
Erkenntnis
– juristische **21** 1
Erkenntnisvermögen, Verzahnung der - **31** 37 40
Erlaubnistatbestandsirrtum (besser: -*umstand*sirrtum) **23** 29-32 40
Ermessen **9** 3 **15b** 17 29-34 (33) 46 60 66
– -sfehler **15b** 30-32
– im Zivilrecht **15b** 35-37
Erstheit (*firstness*) siehe Kategorienlehre (Peirce)
erst nach draußen, dann in die Bücher **19** 6
Erst-recht-Schluss **2** 28 **16** 42-44
Erwägungsgründe (EU-Recht) **18** 82
„Es ist was es ist …“ **30** 27
Essentialia negotii **37a** 16-17
Ethik **15c** 79 81 **24** 27 **30** 5 7-9 (8) 23 50 **31** 2-24 27 43 **33** 1-2 **40** 26
– als Gesamtheit (und ihre Schulen) **31** 9
– Begriff der - **31** 3-7 10
– die Lehre(n) von Gut und Böse **31** 10
– die Wissenschaft, die soziale Normen hinterfragt **31** 3
– Begriffs- **15a** 89-90
– Bereichsethiken **31** 12
– der NJML **30** 23
– juristische Standes- **20** 37
– Rechts- **31** 13-23 103
– Achtung vor dem Recht **31** 19-21
– und Moral **30** 9 **31** 3 5-6
– und Recht **31** 5 23
siehe auch Rechtsethik
Ethos (rechtliches) **31** 13 17-21
– Juridizität **31** 18
Eulersche Kreise **5** 105
Europa, Europarecht
– Anwendungsvorrang von EU-Recht **18** 43 55 61
– EU-rechtskonforme Auslegung/Interpretation **18** 55-77
– primärrechtskonforme - **18** 61-62
– richtlinienkonforme - **18** 64-76
– Primärrecht und Sekundärrecht **18** 56
ex contradictione quodlibet (aus einem Widerspruch folgt was man will) **24a** 28 **29** 4 **34** 23-24 **40** 14
Experiment (Naturwissenschaft) **31** 55
– experimentierendes Denken **19** 36
Experten, Expertenwissen **35** 27-28 40 68-70 **36** 6 27-28
Expertise, Voraussetzungen für **35** 68
explizieren (= entfalten) **31** 37
explizit **31** 62 84
„Expositives Recht“ **39** 44-45
expressiv, Expression, Expressivität **31** 48 75 81-83 *98-99* 102 **32** 24 **33** 28-30 **34** 76 **36** 10
Extension (Begriffsumfang) und Intension **9** 22-24, **15a** 5 23 46 49-50 **21a** 21
– extensionale Begriffsbestimmung **15a** 7-11 65-67 **15c** 33
Extensive Interpretation **16** 5-7
EZB, PSPP-Programm der - (Fall) **18** 36 64 **33** 10
Fachsprache, Primat der juristischen - **38** 28 64
façon de parler **vor 30** 3 **31** 20 **36** 7
Fahrerlaubnis, Erteilung der **11** 42 45
Fahrlässigkeit **35** 58
„Fahrscht hinterher!“ **21a** 11
fair, unfair, Fairness **31** 104-105 **37a** 66-67 69
fake **6** 49
Fakt(en) **6** 49 60 **24** 13
– sind ein Ergebnis von Daten und Vertrauen **6** 49
Fall **24-25** passim
– Die Realität des Rechts ist der - **24b** 45-46
– Fallgruppenbildung siehe Kasuistik
– Fallvergleich **15a** 7-11 **15b** 23
– ein Laboratorium für kreative Schlussfolgerungen **25** 12 21 et passim
Fallnähe **34** 52 63
Fallrecht siehe *case law*
Fallrecht
– gutes **19** 15-16
– schlechtes **14** 52 **15a** 44-46
„Fallreihe“ (Schapp) **6** 37 **31** 97 **33** 33 **34** 64
falsch
– methodisch **15c** 61-62 **27** 3
– moralisch **31** 17
Falsifikationismus **5** 80
„Familienähnlichkeiten“ (im Sinn von Wittgenstein) **15a** 52-53 54 **15c** 32
Familientyrannen (Fälle) **27** 26-27
FDGO (freiheitlich-demokratische Grundordnung) **29** 21 25 27
Federalist Papers **38** 55
Fehlschluss, Fehlschlüsse **2** 29-30 **10** 22 **34** 20 43-46
– instrumentalistischer **34** 43
– Sein-Sollen-Fehlschluss **34** 44
– Sollen-Sollen-Fehschluss **34** 5 46
– von der Aufgabe auf die Befugnis **34** 43
– von der Wirkung auf die Ursache **2** 29
Fehlzitat **34** 14

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Feministische Rechtswissenschaft **3** 3 Fn 9
Fernabsatzhandel **26** 4
Fest siehe höfisches Fest
fiction (fiktive Welten) **5** 56 92 **10** 22 **24** 13
Fiktion **32** 17
– juristische Fiktionen **16** 4
Finanzmärkte **35** 40 69
first things first **37a** 16
Fischmehl, verdorbenes **16** 14
Flachglas, Floatglas (Fall) **28** 11
Folgen rechtlicher Entscheidungen **26** 11 **29** 35
– Anpassungsfolgen (Adaptationsfolgen) **26** 7-10 **27** 27
– Entscheidungsfolgen **26** 7-10
Folgerichtigkeit siehe Logik
Folter **24a** 26-29 37
formal/material, Form/Materie, Form/Inhalt **6** 9 29 **31** 69 **33** 36
„Formalkram" **2** 27 **21a** 11 **23** 47
Formelsammlungen **15a** 27
„Fountain" (Kunstwerk) **31** 70
frame, framing **10** 38 **15a** 10 78 **16** 34 **21a** 14 20 **23** 11 **30** 10 **33** 39 **35** 49 65-67 **36** 10 17 22 **38** 41
Francovich (Fall) **18** 69
Freiheit **23** 14 **30** 29-35
Freirechtsschule **39** 7
Funktionär **24b** 43
Funktionssysteme **11** 30 **24** 11 **24b** 22 33 43 **30** 46 mit *Fn 76* **31** 23 **37b** 1
Fußball **5** 46 52 **38** 2
– Abseitsregel **5** 52 **31** 62
– -Bundesliga, Polizeikosten **15a** 84
Gängelband, Gängelwagen **23** 2
Galgenberg (Fall) **19** 20
Gashahn-Fall **3** 12 16-17 25-26 **5** 118 **6** 43-44 62-67 **10** 17 **24** 4 **33** 21-23 **36** 4
siehe auch Heimtücke
Gaußsche Normalverteilung **30** 21 27 **33** 17
Gebote (methodische)
– Gebot der Geschlossenheit **34** 76
– Gebot der Sachnähe **34** 51-64
– Gebot der Vollständigkeit **34** 65-75
– Gebot intensionaler Zurückhaltung **15c** 82
Gebot der Rücksichtnahme **17** 16-38 40 **25** 7
– Kritik daran **17** 33-36
Gedanke **5** 24 Fn 48 **15a** 3 **18** 72
– -n und Anschauung **5** 36 **15a** 5 **24b** 52
Gefahr **24** 21
– und Risiko **24** 19-22
Geflecht **10** 40 **20** 1 **21** 1 **30** 47
– von Syllogismen/Schlussfolgerungen **8** 34 **29** 36 **32** 15-17
Gefühl, Gefühle **30** 51 **33** 28 **40** 8 21 25
siehe auch Bauchgefühl, Emotion, Störgefühl
„gefühlte 1000 Dollar" **35** 32
Gelenkbolzenschellen (Fall) **23** 8
gelingen/misslingen **10** 32 34 **33** 6 13-16 19-20 **38** 31-38, 39-48 *87*
– als Kategorie im Sinne Kants **31** 88
– als Unterfall von richtig/falsch **31** 87
– bei Luhmann **31** 87
geltungserhaltende Reduktion **23** 7
Geltungslösung **27** 29-35 (34) 39 **29** 12
Geltungsvorrang **18** 40-41 43 62 76 78 **23** 6-7
– und Anwendungsvorrang **18** 40-42
gelungen/misslungen (konkret) **27** 15 25 **29** 35 **34** 28-38 **38** 58
– BayVerfGH und BVerfG **33** 4 **34** 3-7
– doppelte Misslungenheit **34** 28-38
Gelungenheit **10** 32 34 **21a** 7 24 **25** 40, 86-101 **31** 40 *86-102* 104 **33** 2 6 25-26 20-31 39 42 **34** 38 **37c** 2 **39** 47
– als juristische Kategorie **33** 3-5
– als regulatives Ideal **31** 88
– aus Sicht des Rechts und aus Sicht der Jurisprudenz **33** 14-15
– juristische Gelungenheit **34** passim
– Kriterien **31** 90-101
– Schema (Graphik) **33** 14-15
– überwiegend eine Frage der Methode **34** 6
– Zusammenklang/Einheit von Ergebnis und Begründung **33** *19* 39 **34** 38
siehe auch gelingen/misslingen
Gelungenheitsschema **33** 13-19 **34** 35
Gemeinwohl **37a** 41
Gender **24a** 49-50 **31** 22 Fn 42
siehe auch Geschlecht
siehe auch Sprache, geschlechtergerechte
Generalklausel **15a** 51-60 61-64 65-67 68 **15b** 15 60
– gegenüber unbestimmtem Rechtsbegriff **15b** 23 Fn 21
– im Strafrecht **15a** 55-56
Generalisierung siehe Induktion
Genie **31** 39 79
Gerechtigkeit **9** 2 **24** 15 **30** 37-47 (38 46) **31** 36 **34** 7 **38** 2
– austeilende und ausgleichende **11** 37
– bei Aristoteles **11** 35-39
– bei Platon **17** 39 Fn 68
– Begriff bei Radbruch **30** 38-39
– ein regulatives Ideal **30** 37-47
– eine Kontingenzformel **30** 45-47
– spart Arbeit **33** 34
– Regel- **38** 2

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gesamtkunstwerk **19** 1 44
Gesamtbetrachtung, Gesamtschau **29** 29 **34** 57 60 91-92 **40** 26
– „wertende" **34** 57 60
Geschäftsgrundlage, Wegfall der **29** 3
Geschichte(n) (*stories*) **24a** 5-6, 54 **31** 52 **33** 32 **36** 18
– siehe auch Narrativ
Geschlecht (biologisch) **9** 2
siehe auch Gender
Geschlossenheit **34** 76
Geschmack **31** 29-30 35-36 39 79 83
Geschworene (USA) **24b** 4
Gesellschaft
– Individuum und - **31** 75
Gesetz
– Arten der -e **14** 39-40
– im formellen und materiellen Sinn **10** 18 **11** 2 **14** 9 39 **38** 21
– und Interpret **15d** 18-19
siehe auch *regula vel mensura*
Gesetzesrecht im Gegensatz zum Fallrecht **11** 18-19
„Gesetz und Einzelfall" **14** 9-10 **39** 8 30
Gesetzgebung **6** 37 **28** 31
– Arbeitsschritte **38** 10-22
– Gesetzesfolgen **38** 15 26
– Outsourcing **38** 59-63
– schlampige **15b** 16
– „symbolische" **38** 44
Gesetzgebungslehre **38** 1-68 (5-9)
Gespür **31** 84-85 **35** 19
Gestaltungsspielraum
– des Gesetzgebers **15b** 47-48 79
Gestapo **21a** 8 **26** 6
Gewährleistungsbereich **23** 15
Gewalt **3** 13 **8** 2 7 12-13 et passim **9** 18 20 22 25 **10** 3 28 35 **15a** 8 10 **24** 19 **24a** 45 **25** 24 **31** 22 **40** 27
Gewaltenteilung **8** 6 **27** 12-13 **10** 18 35 **31** 50
– und die eigentliche Machtaufteilung **11** 30
Gewimmel **21a** 6
Gewinner/Verlierer **vor 30** 4
Gewissen **25** 33
– gutes **33** 9
Gewohnheitsrecht **14** 89-92
Glaube, religiöser **40** 7
glaubhaft/glaubwürdig **24a** 19 23
Gleichheit
– bei Aristoteles **11** 36
siehe auch Kompetenz
Gleichheitssatz **15b** 3-4 63-66 79-82
– „Formeln" **15b** 80-82
Glosse (Kommentar zum Römischen Recht) **11** 10
Glück **35** 40 **40** 27
Gnade **11** 2
Goldmünze im Tempel (Fall) **2** 9-10 **23** 19
Gordischer Knoten **28** 28 Fn 34
Gottesurteile **24a** 30 35
greatness and wonder **21a** 25
Gretchenfrage der Jurisprudenz **30** 8
„Grund, auf dem man sich bewegt" **36** 26
Grundlage, lebensweltliche **19** 6 27-33 41
„Grundlagen" des Rechts **22** 28 **38** 5 **39** 49
Grundnorm **18** 40 **22** 22
Grundrechte **18** 54
– als Institution **19** 27
– als Regeln und Prinzipien **18** 85
– Definitionsmacht 14-16
– Dogmatik zu den -n **18** 27 Fn 36 87-91 **23** 9-17
– es geht auch ohne - **15b** 61
– im Umweltrecht **20** 26
– Kombination von -n **18** 32
– Mindestpositionen **18** 96
– Prüfschema **11** 49 **18** 92-94 **23** 9
– sind negative Kompetenzbestimmungen **18** 27
Grundsteuererklärung **34** 89-90
Grundversorgung **15c** 44
Güter **19** 31 **35** 5 73
Gutachten, juristisches **24b** 5
Gutachtenstil, Gutachtentechnik **2** 25-27, **5** 52 87 **9** 24-25, **10** 23 **15a** 13, **23** 23 Fn 40 **31** *82*
gut/schlecht **36** 4
Haarspalterei **29** 20-32 **30** 53 **32** 2
Haftung von Anwälten **30** 2 **37** 2
– für Fehler des Gerichts **14** 66-67
Hagia Sophia **19** 11
Halteverbot (Fall) **23** 6
Haltung **33** 1 31
Hamilton (Musical) **38** 55
Hammurabi, Hammurapi (Codex) **15b** 76 **19** 11
Handbuch
– als juristische Literaturgattung **24b** 42
Hanomag-Lkw (Fall) **16** 27
Handwerk, gutes juristisches **22** 32
hard cases **30** 53
hard-core pornography (Definition) **15a** 50, **15b** 65 **31** 97
Harmonie **31** 100
Harry Potter **5** 44 55 92 **6** 20 Fn 34 **10** 22 **11** 32 Fn 55 **15a** 5
Harvard **24b** 46
Heilung von Verfahrensfehlern (Behörden) **28** 2-5

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Heimtücke **3** 8 11-12 16-18 25-26 36-37, **6** 42-44 62-67 **9** 13 **10** 25 **24** 4 **25** 22-24 **33** 21-23
– Gashahn-Fall siehe dort
Hercules (Metapher vom Richter) **5** 72-74 **24a** 14
Hermeneutik **1** 10 **10** 4 27 **15d** 15 **vor 22** 4 **24** 29
– Sachverhalts- **vor 22** 4
Herrenreiter
– Begriff **27** 5
– „-"-Fall **16** 5 **25** 31-32 **27** 2-17 **29** 5
Heuristik(en) **15d** 21 22 26 **34** 12-90
– im Sinn von Kahneman **35** 21-28
– Kahnemans Differenzen mit Gigerenzer **36** 25
– - und Biases **35** 21-23
Hexenprozesse **24a** 28
Hierarchie **11** 48, **14** 42
hindsight bias **2** 18 **30** 21 **35** 56-59
Hintergrundvorstellungen siehe Paradigmen
Hippokratischer Eid **31** 12
Historische Rechtsschule **1** 18
h.M. (herrschende Meinung) **3** vor 3, **5** 8 Fn 17 **14** 72 **24b** 11 **34** 46
höfisches Fest **24** 24
Horizont **10** 25-29 (27) 33 **15a** 88-89 35 **22** 35
– Empfänger- **10** 27
– der Juristen **10** 29
human **33** 40
Hund, Begriff vom **5** 20
Hypothese **15a** 39 **19** 34-39
I cannot define it … **31** 97
Idee, regulative (Kant) **5** 74 **30** 33-36
– siehe im Übrigen Ideal, regulatives
Ideal, regulatives **30** 29-51 **31** 88 **35** 1 **38** 67
– Begriff **30** 29
– die drei regulativen Ideale des Rechts und der Jurisprudenz **30** 51
Idealtypus **6** 48 Fn 62 **19** 1 Fn 1 **30** 12
Identität, Identitätspolitik **5** 38 58 73 **27** 35 **30** 30 33 **31** 58
Ideologie **vor 3** 3 Fn 4 **5** 12 74 **7** Fn 5 **20** 37 **31** 91-92
– -kritik **15c** 36 **24a** 47 **30** 30 **32** 23
il fait frois/it is cold **5** 1 **24a** 10
immaterieller Schaden siehe Schmerzensgeld
„immer wenn es regnet …" **8** 8
implizites Wissen **31** 62
Impression **33** 30
indem-Satz **8** 31-32 **25** 15
Individuum/Allgemeinheit **31** 73-75
in dubio pro reo **10** 25 33 **24a** 35
induktiv, Induktion **3** 23-24 **6** *32-44* **8** 17 **16** 18
– als (mäßig) kreative Schlussfolgerung **25** 13-17
– Begriff (Definition) **6** 5 *11*
– „eine Art in sich zurückschwingende -" **24** 29
– qualifizierende **6** 25-26 *40-42* 44 51 57 **25** 14-17
– quantifizierende **6** 23 26 33-39 (33) **25** 18
Inhalts- und Schrankenbestimmung
– Definition **19** 32 34
siehe auch Enteignung
Inkommensurabilität **20** 1 21 22 25 27
innen/außen **31** 38 64-66 73
institutio, Institution **2** 4
Intension (Begriffsinhalt) und Extension **9** 22-24, **15a** 5 23 46 49-50
siehe auch Begriff, Inhalt und Umfang
Intensionale Begriffsbestimmung **15a** 12-28 29-46 *47* 58-59 **15b** 18-19
– Gebot intensionaler Zurückhaltung **15c** 82
– intensionale Überdeterminierung/Hypertrophie **15a** 61 **15c** 28 **28** 11 **34** 59-60
Interdisziplinarität **vor 4** 1-3
Interessen **11** 47 **24b** 16 **37a** 60 **38** 13-16
– Definition **24a** 4
– -tenliteratur **10** 8 **24b** 11
Interessenjurisprudenz **1** 18 **39** 5-6
interface **24** 31
Internet-Handel siehe Fernabsatzhandel
Interpret **24a** 3
Interpretation **6** 4926-27 **8** 26-27 **9** 18 **10** passim **11** 16 **15** 2-4 **15a** 1 **15c** 56-57 78 **16** 65 **18** 65 82 **23** 3 **24** 1 **31** 71
– contra legem siehe Auslegung
– des Begriffs „Interpretation"
– Wortlaut **10** 3
– Historie **10** 4
– des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) **10** 23
– Gesetz und Interpret **15d** 18-19
– gespaltene - **18** 76
– systematische **18** 82
– von Daten **6** 49 70
– von Kunstwerken **10** 6
– von logischen Begriffen als Zeichen
– Termini als Zeichen für Begriffe **10** 13-16
– Sätze als Zeichen für Aussagen **10** 17-20
– Syllogismen als Zeichen für Begründungen **10** 21-23
– von logischen Schlussfolgerungen/Syllogismen **6** 17 22 41-42 **10** 22

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– von Regeln **14** 96
– von Statistikfragen (Linda-Experiment!) **35** 55
– Vorrang der - vor der Mathematik **5** 116 **6** 17 **10** 23
– Ziel der Interpretation **10** 5
siehe auch Auslegung
intersubjektiv **31** 64
Intuition **5** 11
– im Sinn von Kahneman **10** 38 40 **35** 12 27 62 68-69 72
in the long run **5** 71 **23** 13 **29** 19 35 **30** 19
invisible hand **9** 16
Irrtum **11** 33
Ironie und Pathos **3** 42 **15c** 38 **20** 29 **21a** 24 ***30** 7-28* **31** 13 **33** 17 **37a** 71
– als Ästhetiken **30** 10
– als Polarität **30** 24-28
– Ironie wirkt intelligenter **30** 25
iustitia commutativa und *distributiva* **11** 37
iustitia legalis **11** 36 33 **38** 2
„Ja, Bauer, das ist ganz was anders" **4** 9 **27** 1
j'accuse **24b** 31
Janusköpfigkeit (*interface*) **10** 17 **24** 3 15 31 **33** 13
Jazz **21a** 7 **31** 97
Judiz **9** 7 10 **31** 39 79 **36** 6 **37c** 1 **40** 25
Je-desto-Formeln **34** 82-83 **37a** 65
je ne sais quoi **25** 9 **31** *30* 63 **33** 5 **34** 1 **35** 19
juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht **14** 79 **24b** 12 **28** 14 Fn 18
Justizsyllogismus **3** 6-7 22 **8** 6-9 **9** 18
– Verschränkung mit Subsumtionsschluss **8** 14-16 20
Juridizität (Achtung vor dem Recht) **24** 27 **31** 18
Jurisprudenz **32** 1
– als Kunst **24** 27
– die Mathematik hinter dem Recht **5** 103
Juristen
– sind fast überall sonst Dilettanten **10** 16
Juristenstand **10** 29
Juristenausbildung **11** 47 **20** 35 **21a** 11 **22** 25 27 **24b** 43-53 **30** 21 **35** 41 57 **vor 37** 1 **37a** 73 **37b** 14 **38** 5
– Einphasige - **22** 28 **24b** 52 **29** 24 Fn 43
– Fallbezug in der - (scheinbar und wirklich) **24b** 47-50
– Referendariat **22** 3 25 29 37
Juristische Ästhetik **33** passim **34** passim
– ist der letzte Halt der Jurisprudenz **33** 39
Juristische Methode **24** 1 3 7 30 **25** 3 **31** 94 **40** 9
– als Standesethik **20** 37
– Begrenzung von Willkür **37b** 11
– Es gibt nur eine **vor 37** 2 **38** 9 **40** 9
– Paradigmen (Hintergrundvorstellungen) von der Methode **20** 36-38
Juristische Methodenlehre(n) **1** 17, 18-33 (22) **15c** 78 **21a** 3 5 **30** 52-53 **vor 37** 1
– aktuelle **1** 29-31
– Europäische **18** 56-77
– Geschichte **39** 35
– herkömmliche **21a** 6 9-11
– Curriculum **21a** 9
– NJML **21a** 7 12-25
– Curriculum **21a** 13
– Savigny **1** 17 **15d** 14 et passim
„juristische Sekunde" **17** 14
„Jurist werden" **24** 27 **24b** 45-46
Jury siehe Geschworene
Kamel und Nadelöhr **6** 55-59
Kampf ums Recht (Jhering) **32** 2 Fn 3
Kann-Vorschrift **15b** 14-17 28
– siehe auch Ermessen
Kanon **1** 25 **18** 62-63 **21a** 9 **34** 12-90
– Begriff (Polyklet, Doryphoros) **1** 12 33 **15d** 1 10
– die -es der Auslegung **2** 35 **10** 2 **15d** passim
– die heutigen vier **15d** 2-6 (3), 25
– bei Savigny **15d** 7-8
Kapitalismus **11** 30
Kasuistik **15a** 65-67 **15b** 20-24 **15c** 33 **25** 18
Kategorien (Kant) **30** 31-32 **31** 88
Kategorienfehler **34** 41
Kategorienlehre (Peirce) **5** 77-78 **23** 11 **24b** 51 **31** 91 **40** 17
Kautelarjurisprudenz **37a** 1-3
Keim zur Verallgemeinerung **6** 3 12 **11** 14 **15b** 64 **18** 75 82 **27** 25 Fn 43
– siehe auch Einzelfall
KI siehe Künstliche Intelligenz
Kinderpornographie **24b** 45 **38** 3
Klarheit **5** 10-21 **15a** 37-40 **19** 19 39 **23** 36-38 **28** 18-19 **38** 41-42
– pragmatizistisch **5** 14-19 **18** 72
– zu Unklarheit machen **18** 73
Klarstellungsfunktion der Verfassung **29** 19
„klar und deutlich" (clare et distincte) **1** 6
Klausurendrill **21a** 11
Klimaschutz, „Klimakleber" **3** 15 **8** 4 **30** 15
„Kluft" **3** 13, **5** 22 43 47-50 121, **6** 51 68, **15** 4, **15a** 19, **15c** 24
– keine - zwischen Recht und Wirklichkeit **5** 47-49 **25** 3 **39** 16
– zwischen Alltagspraxis und Meta-Diskursen **39** 48
Knappheit **35** 5
Knigge **31** 39 Fn 86

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

know how **21a** 11
Koalitionsvertrag **38** 37 46 20 25 **40** 20
Kobras, Züchtung von **26** 8
Kodifikationen **14** 30-32
Kölner Silvesternacht **10** 40 **31** 20 **35** 9
Können, Wissen und **21a** 11
Kognitionen
– und Normen (Luhmann) **10** 16 Fn 29 **11** 29, **14** 12
Kognitionswissenschaft **21a** 24 **35** passim **36** passim
Kohärenz **32** 1 **34** 92
Kollegialgericht **24b** 5
Kollisionsformeln **18** 44-49
Kommunikation **24** 11
– -en *und* deren Zurechnung als Handlung (Luhmann) **11** 31
– Unmittelbarkeit der - **24b** 19
Kommunikationen **24** 31
– Anwalt mit Mandant **24b** 15-17
– fachinterne **24b** 2-13
– Gericht mit Parteien, Angeklagten etc. **24b** 18-21
– Gericht und Anwalt **24b** 37-42
– Juristen mit Laien **24b** 22-27
– Juristen mit Öffentlichkeit/Medien **24b** 28-32
– „im Zweifel nicht sofort" **24b** 35
– mit Studenten **24b** 43-53
Kompetenz (Zuständigkeit) **9** 3 **15a** 69-84 (83) **15b** 34 **15c** 46 66 80 **18** 21-22 53 61 **20** 9-10 16 **24** 7 **34** 7 47-48
– geht vor Gleichheit **18** 25-26
– geht vor Wahrheit **18** 38 66
– Methodenfragen als -fragen **15a** 83
Komplexität **10** 40-42 **15a** 87
– Nicht die Welt ist komplex, komplex ist, wie wir sie machen **19** 1
Kompromiss **38** 33
Konditionalprogram vs. Zweckprogramm **15b** 75-76 **36** 24
Konflikt **38** 12 67
„Konforme" Auslegung/Interpretation **18** 51-78
Konfusion **31** 33
Konjunktiv
– als Geltungsgrund der Logik **6** 28-31 74
Konklusion **5** 94
Konkordate **37a** 36
„konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken" **15c** 27
konkret, auch *concrete* **31** 90-91
– Konnotation in der Jurisprudenz **15c** 7 27
– wirkliche Bedeutung **15c** 24 28
„konkret-allgemeiner Begriff" **1** 23 **15c** 8-10
Konkretisierung **15b** 71 **15c** 4-28 **21a** 21
– Erkenntniswert: null **15c** 26
– im Verfassungsrecht **15c** 11-16 17-19
– in den aktuellen Methodenlehren **15c** 20-22
Konkretisierungsverbot **15c** 63-63
Konkurrenzen **18** 3-38
– Anspruchs- **18** 9-14
– drei Konstellationen **18** 15-18
– Gesetzeskonkurrenz **18** 6
– Grundrechts- **18** 27-33
– Idealkonkurrenz **18** 5
– Kompetenz- **18** 19-37
– Bund und Länder **18** 25
– Bundesrepublik und Europa **18** 34-38
– Realkonkurrenz **18** 5
Konnotation **11** 7 **15c** 7
Konsens **5** 81-84 **19** 29 **31** 63 **32** 16
konservativ/innovativ **31** 76-79 **33** 36
Konstantinische Schenkung **18** 47 **24a** 20
Konstruktion, juristische **32** 2 **33** 24
Konsumkapitalismus **31** 78
Kontextualisierung **15a** 45 **63**
– -sgebot **14** 68
Kontingenz **11** 46-49
– doppelte - **10** 31 **10** 35 **24a** 4
Kontingenzformel **30** 45-47 **31** 33 88
Kontinuum **21a** 18 **25** 3 26
Kontrakorrektur **16** 53
Kontrolldichte **15b** 34
kopernikanische Wende **20** 4
Kopf oder Bauch **35** 15
siehe auch „System 1" und „System 2"
Koppelung von Gesetzen **38** 34-36
Kopplung
siehe strukturelle -
Kopula (Verbindungswort) **15a** 4
Korrektur des Ergebnisses
– durch den Gesetzgeber selbst (Rechtsfolgenlösung) **28** 4 31 und passim
Korrektur des Ergebnisses, offene **27** passim
– Geltungslösung **27** 29-35 (34) 39 **29** 12
– Rechtsfolgenlösung **27** 20-28 39
– Tatbestandslösung **27** 2-19 39
Korrektur des Ergebnisses, verdeckte **29** passim
Korruption **20** 37 **21a** 2 **24b** 6 16 34 **38** 26
– Begriff **38** 26 Fn 80
KPD **29** 21 23-24
Kraftwerk (Elektro-Pop-Combo, Sampling-Fall) **18** 88
Kreativität **3** 16-20 25-26 32-35 **5** 87 121 **6** 45 **15c** 37 75-77 **17** 2-4 15 20 37 **24b** 40-42 **25** 1 3 4-8 et passim **28** 25 **37a** 56-58 **39** 8-9

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– als Sache der Logik **3** 32-35 **25** 11-12 13-18 19-32
– und Wertung: ein Aliud **3** 35 **15c** 75-77 **25** 9-10
siehe auch „schöpferische Rechtsfindung“
Kreuz, anthropologisches - der Entscheidung **34** 8-11
Krieg **4** 4
Kritik, Begriff der **31** 34 **40** 4
Kritik der reinen Vernunft (Kant) **30** 30-36 **31** 28 34-35 40 57 **40** 4
– ist „ein Traktat von der Methode“ **40** 6
Kritik der Urteilskraft (Kant) **31** 34-36 38 40
Kritischer Rationalismus **1** 11 24 26
Künstliche Intelligenz **31** 71
Kumulativität **18** 15-16
Kunst, „Kunst“, Kunstlehre (*téchnē*) **1** 4 **15d** 20 **24** 24 27 **31** 44-49 **32** *8* 12 15 **38** 30
– als Funktionssystem **31** 44
– Authentizität als Ideal der - **31** 48-49
– Definition des BVerfG **31** 47
– -experten **35** 19
– -fehler **32** 8
– Jurisprudenz als - **24** 27
– lässt sich nicht definierern **31** 47
– moderne - **24b** 32 **31** 70
– -werk **33** 20-21
Kunstregeln, juristische **34** 12-90
Laepple-Urteil **8** 1 32 et passim
Lebenslange Freiheitsstrafe **11** 2
Lebenswelt **22** 34 **23** 1 **24a** 2 54 **26** 1 **34** 39-39.2
– im Sinn von Habermas **19** 6 Fn 15
leggerezza **31** 96
Legistik, Legisten **38** 4 29 65
Leitmotiv **25** 9
Lethargie **39** 48
„Letzte Generation“ **24a** 45
Letztkriterien: fehlen **10** 33
Leute, die „besseren -“ **31** 39
lex posterior **2** 15 **18** 47-49 **29** 13
lex specialis **2** 15 **18** 45-46
LGBTQ^{+} **31** 6
Liebe **15a** 38 87 **30** 27 **31** 22 **40** 27
Liebestrank (Fall) **2** 11 17 **20** 25
„Lied der Partei“ **5** 32 Fn 62 **18** 95 Fn 175 **40** 25 Fn 34
Linda (Experiment) **35** 53-55
Linguistik **38** 64
Litigation, *litis contestatio* **37** 3 **37b** passim
Lkw Hanomag (Fall) **16** 27-29
Logik **1** 4 **3** 1-40 43-44 **5** passim **6** passim **11** 4-5 9 27 38 46 50 **15a** 15 **15d** 16-17 **16** 15 36 **18** 97 **21a** 3 **24** 3-5 15 **36** 11-12 **38** 28
– als Lehre von der Folgerichtigkeit **4** 1-9 **11** 9 14 45 **19** 57 66 **23** 35 **24** 15 **31** 101 **34** 15 **40** 8 15 26
– als normative Wissenschaft **5** 52-53, 57-59
– als *storytelling* **5** 86-87
– als strukturelle Kopplung **24** 15
– „außerhalb der Logik“ **3** *1* 15 18 20-21, 28 32 **8** 27
– ist außerhalb der Kritik **3** 21
– Begriff – Aussage („Urteil“) – Schlussfolgerung („Schluss“) **1** 12 **5** 1-121 **29** 1
– als Aggregatzustände von Erkenntnis **5** 120
– ihre drei Potentiale **5** 2
– die drei Grundsätze („Axiome“) der Logik **5** 89
– die - höret nimmer auf **15b** 64 **27** 25
– ein großes Kontinuum **21a** 18 **25** 26
– eine Brücke zwischen System 1 und System 2 **36** 11-15
– „formale -“ **5** 104
– formale und materiale Seite der - **6** 29 **10** 22 **24** 4
– gültige Schlüsse **6** 7 9
– Geltungsgrund/Gültigkeit der - **3** 24 Fn 39 **5** 23 **6** 14 17 28-31
– „innere Logik“ **19** 10-14 54-57 65
– Sachlogik siehe dort
– *the beat goes on* **6** 21
– und Ästhetik **5** 86-87 **15d** 23-24 **21a** 14 **24a** 44 **25** 1
– und Wirklichkeit **5** 51-59
– und Wissenschaft (Ehrenkodex) **5** 57-59
– Widerspruchsfreiheit **18** 97 **19** 2 44
– wir als Werkzeug der - **3** 33-35 **6** 6 **9** 16
– *working logic* **3** 34 43 **5** 120-121 **6** 1 **vor 8** 2 **10** 1 11 24 32 **15b** 85 **15c** 23 37 **21a** 19 **24** 3 **31** 94 **36** 13 15
– Zauber der - **31** 53
siehe auch Selbstbindung
Logik des Rechts **40** 11-15
– ist die Folgerichtigkeit von Entscheidungen **40** 15 26
Logik, Ethik, Ästhetik **25** 3 **30** 9 53-54 **31** 2 50 **32** 28
„Logik, Logik, Logik“ **3** 21 27 43 **5** 121 **8** 34 **9** 32 **vor 13** 2 **15b** 72 **15c** 78 **21a** 7 13 16-19 **24** 1 **25** 11 **29** 1 36 **30** 54 **31** 94 **32** 15 28 **33** 18 **37a** 52 56-58 **37c** 1 **38** 2 9 39 47 **40** 10
Logik von Port Royal **1** 12-13
Logische Triaden, Trias der -n - **29** 1
– siehe Begriff – Aussage – Schlussfolgerung
– siehe Deduktion – Induktion – Abduktion
– siehe Regel – Fall – Ergebnis
Lücke (im Gesetz) **16** 17 19 23-25 30-32 41

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lügen, Verbot zu (Kant) **18** 80
Lügendetektor **24a** 32
Lüth-Entscheidung **27** 32 **31** *77* **33** 4
Luftsicherheitsgesetz **17** 8 **31** 11
Maastricht-Urteil **17** 20 **24b** 40-41 **25** 8
Macht, Mächtige **14** 62-63 **30** 40 **37a** 39
– Definition von Macht **5** 33 Fn 67
– und Vernunft, Balance von - **14** 70-75
– -verschiebung **23** 10-12
Märchenklausur **30** 21
Magie **32** 16
Marbury v. Madison (Fall) **11** 48 **15c** 39
Markt, Marktmodell **19** 29-31 **20** 13 **24a** 48
Mars, Umlaufbahn des **6** 50-53
Marxismus **30** 13
Massenmedien **24b** 3334
Massenware, Recht als **33**
Maßkonfektion **23** 39-40 **37a** 48 **38** 30
Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz **20** 33 **33** 34
Maßstab(s)teil, maßstabsetzende Gewalt **10** 18 **15a** 42 **19** 27
Mathematik **5** 102 **21a** 4 7
– Vorrang der Interpretation vor der - **5** 116 **6** 17 **10** 23
Mauerschützen **30** 44
Medien **24** 14 **24b** 28-32
– „Soziale" - **24b** 32 36
Meditieren **1** 14
Medizin **32** 8
meinen vs. behaupten **22** 9 **40** 6 9
Mensch **24** 28
– Begriff „Mensch" **5** 3-5 9 11-12 17-21 93
– ein Augentier **5** 105 **34** 88
– Menschlichkeit **23** 1
Menschenvernunft, allgemeine und gesamte **31** 41-42 **40** 24
„menschliches Versagen" (von Notaren) **34** 33 36 66
Meta-Diskurs **39** 2-3
Metaphysical Club **14** 54
Metaphysik **31** 4
– Begriff **5** 47 Fn 107 **39** 2 Fn 2
– der Prüfschemata **23** 4
– Recht als - **39** 43
– schlechte **5** 47
Methode **40**
– Begriff **1** 2-11
– der Wissenschaft (*method of science*) **40** 7-8
– juristische - siehe dort
– -nehrlichkeit **27** 28
Methodenlehre(n)
– Begriff **1** 12-17
– Juristische - siehe dort
„Methodenstreit" im Öffentlichen Recht? **39** 42
Methodik **39** 46-47
– als Analogon der Dogmatik **30** 51 Fn 83 53
– und Methodologie **1** 35
Midas-Metapher **5** 46 **24** 14
Ministerialbürokratie **28** 31
Ministerialdemokratie **38** 61-63
Missbrauch **38** 14 15 26
Mittäterschaft
– Definition **34** 57
– Subsumtion **34** 59-61
Mode **31** 30
modifizieren **16** 2
Modus Barbara und Modus Darii **5** 107-110 **6** 10 20
– weitere Modi **5** 111
Modus ponens **3** 7 **5** 112-114 **8** 8
Modus tollens **5** 117-119
Moral, Moralität **24b** 28 30 34-35 43 **31** 3 5-8 14-18 **35** 17 **36** 8-9
– und Juridizität **31** 18
– und Recht **31** 15-18
Mord und Totschlag **5** 12 99-100 **18** 7-8 **27** 21-28 **33** 22-23
Mühlenberger Loch **17** 39
Münchhausen-Trilemma **5** 39
Musik **21a** 2-4
Muße **19** 43
Muster **31** 97 **37a** 40
– -erkennung **35** 27
siehe auch „Schimmel"
Naegeli (Sprayer von Zürich) **23** 15
Narrativ **24** 12 **30** 1 **31** 59
Narrativität **34** 64
„Nassauskiesung" (Fall) **15a** 30 Fn. 62 33 **19** 21 25 **20** 11 **33** 4
Nationaler Normenkontrollrat **38** 20
Nationalsozialismus, Nazis **1** 23 **5** 11 12 **15a** 55-56 **15c** 8-9 27 31 68 **21a** 8 **24b** 35 **26** 630 33-37 **27** 30-37 **30** 40-44 **31** 77 **32** 6 9 **33** 17 40 **34** 46 **38** 35
NATO **29** 7 18
Natur (Kant) **31** 38
nemo tenetur se ipsum accusare **24a** 25
nett **1** 35 **39** 49
Neuheit, Neues **6** 24-27 44 46 56 64-65 69 **8** 18-19 **25** 5-8 **31** 76-79
nicht-eheliche Lebensgemeinschaft **37a** 57
Nötigung **3** 13 **8** 2 15 32 et passim
– erforderliche Ergänzung des § 240 StGB **10** 35
siehe auch Gewalt, Sitzblockade, Zweite-Reihe-Rechtsprechung

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

no go **25** 31-32
non liquet **22** 13
Norm, Normen **11** 2 **14** 8-12
– im Sinne Kelsens **18** 40 52
– und Kognitionen (Luhmann) **10** 16 Fn 29 **11** 29, **14** 12
Normalfallmethode **15a** 11
Normenquadrat **5** 63
Notarhaftung **34** 28-40 66
Notstand, rechtfertigender **30** 15
– übergesetzlicher **17** 7-9 **25** 7
NPD-Verbotsverfahren **3** 19 **15d** 23 **21a** 23 **29** 26-35 **30** 53 **37b** 16
nudge **35** 36
Nürnberger Prozesse **11** 14
Obdachloswerden, Einweisung in Wohnung **15b** 59-62
Obersatz, Obersätze, „Obersätze" **12** Fn 7 **15a** 13 **15c** 81 **32** 5 **34** 56-62 (58)
Obersatz – Definition – Subsumtion – Ergebnis **9** 24 **15a** 13 **21a** 7 **39** 47
obiter dictum **11** 16-17 48 **14** 55 58 68 **15c** 60 **34** 47-49
Objektformel **5** 93 Fn 183 **18** 95 **25** 30 **31** 19-20 35
„objektiv willkürlich" **18** 36-38
Objektivität **40** 8
Ochse, Man soll dem -n, der da drischt, nicht das Maul verbinden… **34** 62
öffentliche Meinung **24b** 31
öffentliche Sicherheit **15a** 54 59 84
öffentliche Verwaltung
– drei Grundsätze **17** 18 Fn 30
Öffentlichkeit **24b** 28-32
– der Hauptverhandlung **24b** 34
Ökonomie **35** 5 **37a** 65 **40** 22
österreichische Rundfragen, zwei **33** 4-5 **34** 4-5
Ontologie **4** 2 7 **34** 42
Optimierungsgebot **18** 84
optische Täuschung **5** 35 **35** 46
outward clash **5** 77
overruling **11** 22-23 **14** 54 **16** 54 **34** 25
„Paintball", Laserdrome **24a** 52
Pandekten/Digesten **19** 11
Pandektenwissenschaft **1** 18
Paradigmen **31** 56-58
– im Recht **20** 22-31
– vom Recht **20** 32-34
– von juristischer Methode **20** 36-38
Paradigmenwechsel **19** 41 **20** passim **31** 56
Paradox, Paradoxie **30** 3-6 (5) 27 29 **31** 23
– des Entscheidens **30** 3-6 **34** 91
– des Rechts **30** 27
siehe auch Tautologie
Paragraphenketten **15c** 44 **16** 14 Fn 18 **17** 29 **18** 17
Parallelität **18** 18
Partei, Definition im Parteiengesetz **34** 86
Parteivernehmung **24a** 24-25
Patentrecht **25** 7
Patientendeutsch **24** 18
Patchwork-Dogmatik **11** 18 **15a** 31-36 *42* **15c** 28 **19** 27 **24b** 49 **34** 63
Pathos siehe Ironie
periculosa, in iure civile omnis definitio **15a** 29
Periodensystem (Chemie) **6** 71
Persönlichkeit **24** 28 30
siehe auch Psyche
persona (= Maske) **31** 72
personae – res – actiones **24a** 6 56 **34** 94
petitio principii **2** 30 **24a** 44 **34** 22
siehe auch Strafbarkeitslücken
Pfadabhängigkeit **30** 45
PID (Präimplantationsdiagnostik) **5** 4 17 21 93 **25** 30
Ping-Pong-Kompetenz **18** 48-49
Pflichtexemplar (Fall) **19** 21 37 67
Pfusch, gesetzgeberischer **28** 17
Planangrenzer/Dauerkleingärten (Fall) **16** 67-68
Planerforderlichkeit **28** 21-22 27
„Planerhaltung" **28** 12-13
Polaritäten **31** 67-79
Politeía (Platon) **17** 39 Fn 68 **23** 14 **31** 99
political question **9** 27
Politik, politisch **20** 11 28 **24a** 45 **24b** 22 43 **25** 33 **29** 18-19 35
– Denkweise **15b** 50 **24b** 25
– Empfängerhorizont der - **15a** 80
– Recht und - **15b** 50 76 84 **30** 25
Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen **15a** 84
Posaunist (Fall) **22** 18-19
positive Vertragsverletzung (pVV) **6** 35-36 **16** 13-15 20
Positivismus **1** 21 **5** 32 **39** 10-12
„practische Jurisprudenz" **1** 16 **22** 29
Präjudizien **11** 16 **14** 21 24 52-80 **33** 32
– gute - **14** 76-78
– im *case law* **14** 53-55
– in Gesetzesrechtssystemen **14** 56-80
– Autorität von Präjudizien **14** 80
Prämisse **5** 94
Pragmatik **vor 22** 1
Pragmatische Maxime **5** 14-17 **9** 2
Pragmatismus, Amerikanischer; Pragmatizismus **18** 72 **23** 4 **24** 10 **24b** 46 **30** 3-6 **32** 11 28 **39** 17

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– pragmatistisch **vor 4** 2 **4** 8
„Praktiker", „Praxis" siehe „Wissenschaft"
praktische Konkordanz **15c** 14 **18** 86-91
– wo zu prüfen **18** 87-89
Praxis **31** 64-65 71 75
Preis
– und Wert **10** 3
Preußische Beschwerdeordnung **35** 63
Prinzipien versus Regeln (Dworkin, Alexy) **15b** 70 **18** 84-85
Privatautonomie **23** 44
Prognosen **35** 72 **36** 24
programmatische Rechtsaussagen **15b** 68-84
prophecies (of what the courts will do in fact) **6** 12 **14** 54 **37** 1 **37b** 18
Prozesse und Strukturen **33** 34
Prozessleitung, richterliche (§ 139 ZPO) **22** 4 20 33-34 **24b** 20-21
prüfpraktische Empfehlung **23** 33
Prüfungen, juristische **33** 11
PSPP-Entscheidung **18** 36-37 64 **33** 4 *10*
Psyche, psychisches System **24** 28-30
psychischer Zwang **8** 26-27
Qualifizierungssyllogismus **8** 25
qualifiziertes Unterlassen **26** 8
Qualität/Quantität **34** 80-81
„quer durch die Wissenschaften hindurch" **31** 33 67 87 Fn 170
Quaternio terminorum **34** 26-46
quis iudicabit? **15a** 83 88 **15c** 22
Radbruchsche Formel **30** 42-44
Rassenkunde **5** 56
Rastalocken **31** 81
ratio decidendi **11** 16 **14** 54-55 58 68 **34** 47-49
rational/irrational, Rationalität **5** 102 **10** 37 **33** 39 **35** 2 3 13-14 18 19 **36** 13 **40** 7
Raum und Zeit **31** 28
Realität siehe Wirklichkeit
Realsatire **10** 28 **31** 7 Fn 10 **33** 34 **38** 20 Fn 69 35 52
reasonable doubt **16** 60 **18** 72 **24a** 40-42
reasonableness siehe Vernünftigkeit
reasoning from case to case siehe Dogmatik
Recht
– als Funktionssystem **vor 30** 3 **30** 46
– als geistige Macht gegen die Religion **24b** 30
– als Kontrolle von Macht **38** 17 **40** 12
– als Kommunikation aller -sgenossen **vor 30** 3
– als Massenkommunikation **23** 54
– als Überbau **30** 13
– Alternativen zum - **31** 22
– Begriff des -s **15a** 53 **18** 95
– Eigenwert des -s **24b** 27
– Funktion des -s: Stabilisierung normativer Erwartungen **11** 14
– Grundoperation des -s: Regelbildung **11** 2
– Hintergrundvorstellungen (Paradigmen) vom - **20** 32-34
– „ist das System 2 der Gerechtigkeit" **10** 40 **35** Fn 133
– ist der Zentralübersetzer der Gesellschaft **10** 16
– ist die wichtigste Infrastruktur der Gesellschaft **39** 50
– „ist immer nur die zweitbeste Lösung" **31** 22 **40** 27
– keine Position, die immer - hat **18** 95 **30** 46 **31** 19
– Nicht-Sensationalität des -s **24b** 33
– subjektives und objektives - **17** 11 19 23-26 40 **23** 10
– Wesen des -s: dass entschieden werden muss **22** 14 **24b** 50
„Recht auf Nicht-Recht" **9** 27 **31** 23
Recht auf Rechte **11** 3
Rechtfertigungsgründe **2** 11
rechtliche(s) Näheverhältnis/Sonderverbindung **16** 26-27 35
Rechtlieferungsstaat **20** 31
rechtmäßig/rechtswidrig **8** 25 **30** 48
rechtmäßig vs. zweckmäßig **15b** 33
Rechtsästhetik **32** 23-26
Rechtsanwalt **24b** 15-17 37-39 **37-37c** passim
– ein Vorhersagekünstler **37** 3 Fn 6 **37c** 1-2
Rechtsanwendung, Rechts„anwendung" **13** 2 **vor 37** 1 **31** 71 79 **33** 32 **39** 29 47
siehe auch Rechtsfindung, Rechtsfortbildung
Rechtsaussage **15** 1 **15b** 1-2 **15c** 2
siehe auch Rechtssatz
Rechtsberatung **37-37c**
– als Vorhersagekunst **37c** 1-2
Rechtslast, Rechtsbegründungslast **22** 22
Rechtsbeugung **3** 40 **5** 119
„Rechtserkenntnisquelle"
– = Dogmatik **14** 22
Rechtsethik **30** 7-23 **31** 103 **36** 9 **40** 26
Rechtsfindung, -erfindung, -erzeugung, -gestaltung, -produktion **18** 77 **20** 36
siehe auch Rechts„anwendung"
Rechtsfolge **33** 10 13 23 25 27
– praktische Bedeutung der - **19** 15 21 **23** 23
– Kollateralfolgen **26** 5
– konkrete **15b** 11 **18** 5
– Lösung des Falls von der Rechtsfolge her **28** 17-19

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– -en und Außerrechtsfolgen (Realfolgen) **26** 3-6 et passim **27** 11 19 **29** 35
siehe auch Folgen rechtlicher Entscheidungen
Rechtsfolgenverweisung **18** 16 **19** 51-52 55 60 62
Rechtsfortbildung **10** 36 **15d** 13 20 **31** 79
– versus Auslegung **13** 3-4 **16** 2
Rechtsfrage (im Gegensatz zur Tatfrage) **2** 9 **22** 8 10 **23** 55
Rechtsgefühl **36** 6
Rechtsgrundsätze siehe allgemeine -
Rechtsgrundverweisung **18** 16 **19** 51-53 55-56
Rechtsmittel und „Rechtsmittel“ **34** 30-33
Rechtsphilosophie **31** 5 7
– Definition **22** 38 Fn 66 **36** 26
„Rechtsquelle“ **14** 16-19 **18** 55 69
– autoritative Rechtstexte: siehe dort
– Kritik am Begriff **14** 20-22 81, **39** 11 23
– und „Rechtserkenntnisquelle“ **14** 21-22
Rechtsregel **14** 13 (Definition) **15a** 4 **15b** 1-6
siehe auch Regel
Rechtssatz **2** 10 **8** 4 **14** 2-5 (2) **15** 1 **15b** 1-6 **19** 8 **36** 24
– besteht aus Tatbestand und Rechtsfolge **8** 4
siehe auch Rechtsaussage
Rechtssicherheit, „rechtssicher“ **11** 10 **24** 15 **24b** 26 **30** 39
Rechtsstaat **14** 34 **20** 30-31 **24a** 45 **35** 70
– Sinn: Verhinderung des Schlusses vom Zweck auf das Mittel **30** 39 Fn 66
– -sprinzip **15b** 74-76 **31** 16
Rechtsstab **22** 30 **24b** 22
Rechtstheorie **1** 19
Rechtsverordnungen **11** 45 **14** 8 36 38-39
Rechtsverweigerung **22** 14 **24a** 41 **34** 92
Rechtsverwirklichung **22** 3
Rechtswissenschaft **1** 10
– Wissenschaftlichkeit der - **39** 35-39
Reduktion von Komplexität **33** 39
Referendariat siehe Juristenausbildung
Regel(n) **5** 18-21 **14** 1 2-5 et passim **17** 4-5 **24a** 3 **38** 1-2 54
– Begriffe als geronnene Regeln **5** 18-21 **11** 4
– Gewinnung „der“ - **21** 1 **21a** 21
– Hund, Begriff vom, als - **5** 20
– Rechtsregel **15b** 5-6
– -n und Ziele **38** 12
– -n über den Umgang mit Regeln **11** 26-27 34 46
– sind Programme zur Gleichbehandlung **11** 14
– wie wir sie verstehen **14** 25
– Zuordnung von Voraussetzungen und Folgen **11** 24
siehe auch Prinzipien
Regelbildung **11** 14-24
– ist Begriffsbildung und umgekehrt **11** 4
– ist die Grundoperation des Rechts **11** 2
– vs. Subsumtion **31** 40
Regel – Fall – Ergebnis **6** 47 64 72 **8** 6 **13** 6-9 **21** 1 **21a** 13 20 **24** 3 **25** 21 **vor 26** 1-2 **28** 30 **31** 74 **33** 25-27 **36** 14-18 **40** 22
Regelgerechtigkeit **38** 2
Regress *ad infinitum* **9** 7 **22** 22
Regression zum Mittelwert **35** 52
regula vel mensura (Thomas von Aquin) **21a** 4 Fn 5 **31** 66
Reichenau (Fall) **26** 8
Reine Rechtslehre **1** 19 **5** 33 **39** 12
Relationstechnik **21a** 22 **22** passim **30** 29 **31** 94 **36** 10 21 **37a** 11 **40** 9 17 26
– „berufsinternes, halbsuspektes, nicht zitierfähiges Wissen“ **22** 1
Religion **24b** 29-30 **40** 7
rem quae est **19** 25
Repetitorien, juristische **22** 27 31
Resilienz **35** 8-10
Respekt **15c** 84-85 **31** 104 **38** 1 12 64-65 **40** 26-27
Revision **4** 6 **33** 12 **34** 15 **37b** 10
Revolution
– Begriff **31** 57
– wissenschaftliche **19** 41 **20** 1-2 **31** 56
Rhetorik **1** 4 **15d** 16 **30** 8 **39** 13
– Antike Gerichtsrhetorik **2** 1-36 **21a** 13 15 **32** 8 **37a** 7 **38** 10
– „für Juristen“ **32** 21
– Juristische - **32** 8-20
Rhetorischer Syllogismus siehe Epichirem
Richterrecht **14** 19 92
Richtersoziologie **24b** 2
„richtige Meinung vom Schrecklichen“ **vor 3** 2 **14** 27
Richtigkeit **1** 34 36 **5** 29 32-33 **10** 1 6 24 30-36 **21a** 8 24 **25** 2 **vor 30** 1-4 **31** 25 103 **33** 1-2
– aus Sicht des Rechts und aus Sicht der Jurisprudenz **33** 14-15
– rechtliche - **11** 8 13 **30** 20 28 et passim **33** 1-2 16 18 20
– ist ein Postulat der Ethik **31** 15
– ist das Ganze **40** 26
– rechtliche und juristische **3** 38 41-42 **5** 72-75 **14** 26-27 74 **24** 27 **vor 30** 1-4 **30** 48-51 **33** 18 **37a** 71 **39** 12 21 37
– als regulatives Ideal **5** 74 **30** 48-51
– „richtig/falsch“ **30** 4-5 53 **33** 9-11 42 **34** 37
siehe auch falsch

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Richtlinie (EU-Recht) **18** 55
– Umsetzung durch Mitgliedstaat **18** 67
right-answer-thesis **5** 72 **15b** 34 **vor 30** 2
Risiko **24** 21 **37** 2 **37a** 41 49 64 67
– und Gefahr **24** 19-22
Römisches Recht **15d** 11 13 **16** 19 **19** 10 **20** 32
Rolle, soziale **33** 32
Rubrum **14** 7
Rudolf-Heß-Gedenktag **27** 30
Rückabwicklungssysteme **19** 45-63
– Rücktritt **19** 48 59
– ungerechtfertigte Bereicherung **19** 48 59-61
Rücknahme und Widerruf (von VA) **14** 45-49
Rücksichtnahme siehe Gebot der -
„Sache selbst" **5** 1 **31** 91-92
sachfremd **35** 2 9
Sachlichkeit **30** 25, **32** 14-18 **40** 8
Sachlogik, Sachgesetzlichkeit **11** 32 **24** 5 **31** 91
Sachverhalt, Sachbericht **24a** 5-8 et passim
– -shermeneutik **vor 22** 4 **24a** 2-6
– -sschilderung („Tatbestand") **22** 36
– selektive Auswertung **34** 72-73
– Tipps zur Darstellung **24a** 53-56 **34** 93-94
Sachverständige, Beweis durch **24a** 23
Sahnehäubchen **32** 6
Salatblatt (Fall) **16** 16 30
salvatorische Klauseln **20** 6 14
Sandsturm bei Rostock (Fall) **35** 58
Satzungen **14** 37 39
Savigny
– vier „Elemente" zur Auslegung gesunder Gesetze **15d** 7-8
– drei „Hülfsmittel" zur Auslegung mangelhafter Gesetze **15d** 12 18-19
S-Bahn siehe autoritative Rechtstexte
Schach **35** 27 69
Scham **3** 38 40 **20** 37 **33** 17-18 **37a** 61 71
Schema/Schematismus (Kant) **23** 3
Schemata **21a** 22 **23** passim **24a** 51 **31** 94 **35** 46 **37a** 14-47 **35** 9 **36** 21 **38** 23-29 **39** 46
– antike Gerichtsrhetorik **2** 6-17 **23** 19
– im Öffentlichen Recht **23** 5-17
– für Zulässigkeit der Klage im Verwaltungsprozess **23** 52
– im Strafrecht **23** 18-40
– im Zivilrecht **23** 41-47
– Anspruchprüfschema **23** 45-46
– Kontingenz der - **11** 49
– sind geronnene Dogmatik **11** 45 **23** 3
– sind nicht das geltende Recht **23** 49
– sind niemals vollkommen **23** 50 53
Schemataindustrie **23** 40
Schenkung **37a** 28
„Schimmel" **33** 33-34 **37a** 30
Schimpansen **31** 91
Schlaf- und Wachzustand **17** 2
Schlüssigkeitsprüfung **22** 8-9 20
Schlussfolgern, Schlussfolgerung **5** 91-119 **31** 61 **36** 12
– Begriff der - **5** 91
– kategorische und hypothetische -en **5** 96-98
– hypothetische **5** 112-119
– kategorische **5** 107-111
– Kontinuum des -s **21a** 18
siehe auch Syllogismus
Schmerzensgeld
– bei Ehrverletzung **27** 4-18
– -tabelle **15b** 22
Schmerzgrenze, sprachliche **29** 38
Schnittstelle (*interface*) **24** 1-2 31 **32** 23 **40** 17
Schönheit, Schönes **31** 31-37 48 **33** 5 30
– Definition (Kant) **31** 35
– des Rechts **31** 38 **32** 24 Fn 60
– juristische **32** 2-3
– rechtliche **32** 6
Schönheitschirurg **18** 12
schöpferisch siehe Kreativität
– „schöpferische Rechtsfindung" **27** 13 16-17 **29** 1 31
Scholastik **1** 5
Schuld **23** 21-26
Schuldtheorie siehe Vorsatztheorie
Schutznormtheorie **17** 19-20 24 28-29
– ein Anachronismus **17** 39
Schweigen **24a** 1
Schweinemäster (Fall) **17** 17-39
scriptum et voluntas **2** 14 **18** 68
SED **38** 35
Seele **30** 30 33 37
Sein und Sollen **5** 27
Selbstbindung **15b** 63-66
Selbstgerechtigkeit **15c** 30 **30** 21 27 **31** 19
Selbstkritik **24a** 51-52
Selbstreferenz/Fremdreferenz **31** 70-71
Selbstüberschätzung **35** 38-43
– bei Juristen **35** 41
Semantik **vor 22** 1 **24** 19 mit Fn 29 **29** 3
Semiotik **vor 22** 1 **29** 3 **32** 11 **39** 13
Semiotisches Dreieck **5** 9 25 91
Sensation, Sensationalität **24b** 33
– Nicht-Sensationalität des Rechts **24b** 33
seriös, Seriosität **9** 31 **40** 22
sic **9** 11 Fn 26
sieben Elemente (*seven items*) **8** 30 **15a** 87 **23** 53 **35** 34 **38** 24

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

signifikant **35** 3
Sinn **9** 32 **10** 5 31-32 **22** 37 **24** 2 9-10 16 **31** *63* **39**
– Definition von - **5** 42 **24** 10
Sinnzusammenhang **5** 40-59 **6** 8 *29* 43 54 59 70 **8** 21 24 27 32 **9** 2 26-28 30-32 **10** 3 5 10-17 29 32 35 42 **11** 33 45 50 **15a** 19-23 76 80 88 **15b** 24 **15c** 13 69-70 **15d** 25 **18** 82 **19** 27 34 **20** 1 **26** 2 **19** 6 **vor 22** 1-4 **22** 37 **24** passim **24a** 1 18 23 42 51 **24b** 1-2 6 10 12 14 17 22-28 32-34 51-53 **26** 2 **30** 47-48 **31** 62 75 **33** 32 36 **36** 2 **40** 17-18 26
– Begriff **5** 42-43
– „da draußen" **24** 8 **24a** 2 55
– -hänge der Vermittlung **24** 14-30 **24a** 43-52
– des Rechts **24** 7 **24a** 15 **24b** 10 17 24 32
– „Es gibt Sinnzusammenhänge" **5** 41
– geistige -hänge **24** 12-13
– jede:r Jurist:in ist ein - **24** 30
– Natur und Klima als - **24** 9
– soziale -hänge **24** 11
Sitte(n) **31** 3
Sitzblockade **8** passim **9** 6 13 18-20 28 31 **10** 3 14 28 33 **25** 24 **33** 27
skurril **14** 39
Solange I und II (Fälle) **18** 35
„soll" **15b** 9-10
sometimes I win, sometimes I lose **vor 30** 3
Sondernutzung **15b** 30 **18** 54
Sonne: ein Allgemeinbegriff **27** 29
Soraya (Fall) **vor 22** 4 **27** 2-17
– Prinzessin **27** 7
„Soziale" Medien **24b** 32 36
Spaß **21a** 1 12
Sprayer von Zürich (Fall) **23** 15
somit-Satz **8** 32
Sozialrecht **37a** 73
Sperlinge **5** 80 Fn 161 **6** 40
Spielraum, Spielräume **15a** 70-76 **15b** 28-67 (33) **15c** 20-22 59 75
Sprache **10** 8 10 **24** 16-23 **24a** 45 48 **31** 58 **38** 28
– Alltags-, Fach- und Rechts- **24** 17-18 **24a** 5 45 **34** 32 35 39.1
– Behördensprache **24a** 79
– des Rechts **32**
– geschlechtergerechte **5** 38 40 56 82 **24a** 49-50 **31** 58
– im römischen Recht **19** 14
– sprachliche Schmerzgrenze **29** 38
– und Emotion **24** 23
„Sprachgebrauch" **19** 5 25 26
Sprachwissenschaft **38** 64
Springer-Presse **27** 6 14
Staat **24b** 43
– i.e.S. und i.w.S. **14** 37 **19** 33 Fn 69 **23** 13 Fn 23 **28** 2 Fn 1
Staat und Gesellschaft **20** 27
Stadtmauer, Ausländer auf der (Fall) **2** 14 **16** 50 **21a** 15
Staatsexamen **24b** 8
Staatsverfassungen siehe Verfassungen
Standard(s) **31** 97 **33** 32
stare decisis **11** 16 **14** 53
„Stationen" (in der Relationstechnik) **2** 18 **22** 4-16
Statistik **36** 24
– „Note: mangelhaft" **35** 44-45 51-55
Statuslehre (antike Gerichtsrhetorik) **2** 4 8-18 **5** 26 **10** 2 **11** 5 40 **22** 6 **23** 19
Stealthing **24a** 46 **25** 15-16 **38** 14
Stephanus-Ausgabe (Platon) **35** 28 Fn 53
Sternbilder **6** 60
Steuerrecht **37a** 28 46-47 73
Steuerungswirkung **26** 7-10
Stil **31** *30* 81-83 **38** 28
– -fibel **34** 12
– juristischer **31** 83
– Lapidar- des Rechts **32** 6
Stilfehler, juristische **34** 85
Stimmigkeit **9** 29-32 **31** 100 **32** 1 **33** 36-38 **34** 92
Störfälle **37a** 19 24
Störgefühl **9** 31
Strafbarkeitslücken
– sind eine *petitio pricipiii* **23** 38 Fn 60
Strafrecht **35** 6 9
– Grundschema **23** 26
– Irrtumslehre **23** 22-31 40
– Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld **23** 18-21
Strafprozess **37b** 4-10
– „Deal" im - **37b** 9
Strafverteidigung **37b** 4-13
Strafzumessung **15b** 25-27
streitig/unstreitig **36** 7 **40** 13
Stress **22** 32
– ist Rhythmusstörung **22** 32 Fn 54
strukturelle Kopplung **8** 25 **15a** 19 **19** 28 **24** 15 **26** 4
– Definition **15a** 19 Fn 42
Strukturen
– und Prozesse **33** 34
Strukturierende Rechtslehre **1** 26 **39** 13
„Stückwerk" **vor 4** 3 **20** 35
Studenten **24b** 43-53
– als Schnittstelle bzw. strukturelle Kopplung **24b** 52
studium generale **2** 34

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stufenbau der Rechtsordnung **11** 42-43
18 40 **23** 5-6
Stuttgart 21 (Fall) **14** 63
Subjekt/Objekt, subjektiv/objektiv **6** 9 **31** 72
33 17 30 36
Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde **37b** 18
Substantiierung **22** 18-20 **37b** 18
Subsumtion **1** 17 und öfter 28 Fn 81 **2** 20-27
6 6 19 32 36 41-44 63 67 70 **9** 1 4-5 11-15 *23*
25 26 28 et passim **10** 1 **21a** 19 **24** 4 **31** 40
33 25 **37a** 25 53-54 **37b** 7 **40** 19
– als (mäßig) kreative Schlussfolgerung **25** 14-17
– Begriff **9** 11-15 *23*
– Ergebnisoffenheit der - **6** 43-44
– im Rahmen der Gutachtentechnik **9** 24-25
– juristische Definitionen der - **9** 12-15
– Hin- und Herwandern des Blicks **9** 16-19
23
– zwischen Ergebnis und Begründung **9** 29
– „umgekehrte -“ **38** 40-42
Subsumtionsgesetz (als Unterfall des Einzelfallgesetzes) **38** 54
Subsumtionsschluss **3** 8-10 23 **8** 10-13 **25** 16
– Verschränkung mit Justizsyllogismus **8** 14-16 20
Supraspinatussehne (Fall) **22** 18
Syllogismus **5** 93-95 **33** 22 **36** 13
– Ästhetik des Syllogismus **31** 51
siehe auch Schlussfolgerung
Syllogistik **5** 104-119 **6** 1 et passim
synästhetische Missverständnisse **15c** 55-57
25 9
Syntaktik **vor 22** 1
System **13** 6 **19** 45 **20** 32 **23** 3
– -e als Wirklichkeiten **11** 29-31
– -e als logische Konstruktionen **11** 32-33
– Begriff **2** 17 **18** 28-34 **19** 1-2 44
– „inneres“ und „äußeres“ **19** 12
– Kodifikationen, Systematisierung in **19** 43-65
siehe auch Systemtheorie
Systembildung **11** 5-6 25-33 34-48 **19** 66
– Kontingenz der - **11** 49
– von der Rechtsfolge her **19** 3-16
– von Tatbestandsseite her **19** 17-39
„System 1“ und „System2“ **5** 33 **10** 37-40
35 12-20 (12) 15 23 **36** 4-8 19
– „Erst System 2 kann Regeln befolgen“ **35** 13 **36** 8
– Große Kompetenzformel **35** 61-62
– Methodologische Großformel **35** 74-76
– Zusammenspiel von - **35** 15 61-62 74
36 11-15 26
System 1
– ist eine *machine for jumping to conclusions* **36** 12
– liebt gute Geschichten **36** 18
System 2
– ist auch keine Lösung **35** 18
– ist der Ort syllogistischen Durchrechnens **36** 13
– ist faul **35** 12 19 **36** 14 18
„System 3“? **10** 41 **35** 19 **36** 14
Systemtheorie (Luhmann) **5** 42 **11** 29-31 **19** 2
Fn 7 **30** 45 51 **35** 6 **39** 14-17
– autopoietische Systeme **11** 31
– „Es gibt Systeme“ **11** 29
– Funktionssysteme siehe dort
Tacho-Manipulaton (Fall) **16** 10 31 38 43
Täterschaft/Teilnahme **34** 57 61
Takt **31** 30
Tatbestand **2** 10
– dogmatische Tatbestände **15b** 66
„Tatbestand“ (im gerichtlichen Urteil) **14** 6
22 36
– siehe auch Sachverhalt
Tatbestand und Rechtsfolge **8** 4 **15b** 5-6
19 64
Tatbestandsmerkmale
– ungeschriebene **15a** 79 **16** 46-49
Tateinheit und Tatmehrheit **18** 5
Tatfrage (im Gegensatz zur Rechtsfrage) **2** 9
22 8 10-11
Tatsache (im Gegensatz zur Wertung) **5** 28
22 9 11
Tatsachen siehe Fakt(en)
Tautologie **30** 27
– siehe auch Paradoxie
techne (*téchnē*) **1** 4 33 **2** 20 36 **15d** 20 **34** 13
66 **38** 30
tertium non datum (ein Drittes ist nicht gegeben) **5** 89
Teil/Ganzes **31** 68
teleologische Reduktion/Restriktion **16** 50-52
Tennis in der Credit Suisse (Fall) **30** 15
Tenor **14** 7 57 **22** 15
Terminus **10** 13
Text(e) **6** *60* 70 **10** 8 **14** 1 **15a** 47 **32** 24
– Primärtext und Paratext **39** 24
– zurück zum - **15c** 45 **39** 43-44
siehe auch autoritative Rechtstexte
Textnähe **34** 53 63
Theater **31** 83 **33** 32
– im Bundesrat **30** 17
Theodizee (Leibniz) **24a** 20

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Theorie **5** 102
Theorie und Praxis **39** 34 50
thinking und *thought* **5** 76
Tiere siehe Denken
„Toll Collect" (Fall) **37a** 37
Ton, Unterschied im **5** 100
Topik **1** 13, **2** 31-33 36 **15c** 34-38 **39** 7
– Topoikatalog, 64 Topoi **15c** 37 **32** 10
Tor der Wahrnehmung und Tor des bewussten Handelns **5** 36 **6** 2
Tragik, Tragödie **11** 27 **21a** 8
Trans-Menschen **38** 2 12 19
Treu und Glauben **15a** 48 54 58 66 87
Triage-Entscheidung **17** 9
Trickkiste, juristische **10** 28
Trierer Weinversteigerung **10** 9
trivial, Trivium **2** 34
Trolley-Problem **17** 9
Trumpf, Trümpfe, Rechte als **15b** 51 **18** 94 **23** 11
Türkischer Onkel (Fall) **25** 31 **27** 20-28
Typus, Typusbegriff **1** 24 **15b** 22 **15c** 31-33
– im Strafrecht **15c** 33
Tyrannentöterin (Fall) **2** 15 **11** 5 **18** 1 45 **21a** 15
Überbewertung eigener Beiträge **35** 39
überflüssig, Überflüssiges **28** 11 **34** 49 **38** 28 44 47
– und übergriffig **34** 49
Überhangmandate **14** 73
Überraschung **6** 21-22 **31** 92
überschuldeter Landwirt (Fall) **28** 10-11
übersetzen, Übersetzung **9** 28 **vor 22** 2 **22** 37 **23** 55 **24** 17 **24a** 3 **24b** 17 23 **38** 13
– *interpreter* und *translater* **10** 4
Überzeugung **6** 3 **11** 14 **34** 91
siehe auch *doubt/belief*
Umgehung **37a** 46-47 **38** 15 26
Umkehrschluss **16** 62-64
„Umschlagen" einer Schlussfolgerung **6** 34
Umweltrecht **20** 11 26 **24b** 35
unbestimmte Rechtsbegriffe **9** 3 **15a** 69-75
– gegenüber Generalkauseln **15b** 23 Fn 22
Unbestimmtheit, Vagheit **9** 2 **15c** 75-77
unendlicher Regress **3** 13
Unfehlbarkeit **5** 32
Ungehorsam
– richterlicher **16** 67-68 **19** 68 **20** 21 **27** 28
– des Gesetzgebers **18** 69
ungeschriebene Tatbestandsmerkmale **15a** 79 **16** 46-49
Universalien, Universalienstreit **4** 2 **6** 71 **15a** 15 19 **19** 34 **34** 42
Universität **24b** 30 44
unkörperlich **15a** 3
Unrechtsbewusstsein **23** 23 25-26
unsichtbare Hand des Marktes
siehe *invisible hand*
Unsinn **37a** 73
Untersätze, Plädoyer für schöne **34** 61
Urkundenbeweis **24a** 20
Urteil
– Aufbau des sog. „Tatbestands" **24a** 54
– Aufbau des Urteils **14** 7 **24a** 54
– Prozess- und Sach- **22** 7
Urteilskraft **6** 6, **9** 4-10 **23** 3 **31** 34-43 51 **35** 46
– ästhetisch/teleologisch **31** 38
– bestimmend/reflektierend **6** 6 **31** 40
– subsumierend/regelbildend **31** 40
– Urteilskraft, Genie, Subsumtion, Regelbildung **31** 37-43
Urteilsstil siehe Gutachtenstil
Utilitarismus **31** 9 11
Vagheit, Unbestimmtheit **9** 2 **15c** 75-77
Varia **19** 2 Fn 4
– im römischen Recht **19** 14
Vaterunser, Dauer eines -s **34** 14
venire contra factum proprium **25** 18
Venn-Diagramme **5** 105
Verallgemeinerung siehe Induktion
„verborgene Kraft in den Tiefen der menschlichen Seele" **6** 6
Verbrechen und Vergehen **15b** 13
Verfassung(en) (Verfassungsgesetze) **14** 33-35
– Klarstellungsfunktion **29** 19
– und Verfassungstext **15c** 42-45
– Vorrang der Verfassung **15c** 39
Verfassunggebung **38** 55-58
Verfassungsänderung **15a** 82 **29** 17
– versus Verfassungsinterpretation **15c** 46-52 53-66
– als Kompetenzfrage **15c** 46 66
Verfassungsinterpretation **1** 25 **15a** 82 **15c** 39-71
verfassungskonforme Auslegung/Interpretation **18** 52-54 **23** 7
Verfassungsrecht **23** 8
– „spezifisches -" **37b** 17
– Überstrapazierung **14** 65 **15a** 84 **23** 8
Verfassungswandel **3** 14 **15c** 67-71
„verfassungswidrig/verfassungsfeindlich" **29** 21-25
Vergewaltigung **24a** 46 **25** 15-17 **38** 14 42
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **15a** 57 **15b** 38-51 57-58 75-76 **20** 27 **24a** 27 Fn 38 28 Fn 43 **24b** 25 **23** 10 **30** 39 mit Fn 66 **40** 25
– als Super-Ermächtigungsgrundlage **15b** 50 **24b** 25

https://doi.org/10.5771/9783748962870 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– gehört auf die Rechtsfolgenseite **15b** 40-42
Verhandlungstypen, -fallen, -strategien **37a** 10
Verkehrsunfall (Fall) **22** 5-16
Verkehrszeichen **14** 8
verlieren lernen **24b** 52
Verlustaversion **35** 32 36-37
Vermittlungsausschuss **38** 32
Vermögensberater **35** 40 69
Vermögensgesetz (DDR-Enteignungen) **2** 2
Vermögensteuer (Fall) **11** 17 **33** 4 **34** 48-49
Vermutung **6** 8 11 22 27 30 **10** 22-23
Vernunft **14** 60-61 **19** 65 **22** 2 **40** 2 6 *8*
– juristische **40** 9-11
– und Macht, Balance von **14** 70-75
– von Meinungen und Behauptungen Rechenschaft geben können **22** 38 **40** 6, 22
siehe auch Vernünftigkeit
„vernünftiger Eigentümer“ **15a** 30
vernünftig, Vernünftigkeit **19** 12 15 65 **23** 4 **31** 89 99 **33** 30 **23** 4 **35** 15 18-20 60 **36** 1 26-27 et passim **40** passim
– Probleme lösen, wo sie sich stellen **18** 49, **31** 89 **35** 9 60
– -strategien **35** 60-76 **36** 16-23
siehe auch Angemessenheit nach angemessenen Kriterien
siehe auch *concrete reasonableness*
Verordnung (EU-Recht) **18** 55
Verschwörungstheorien **35** 10 14
Verständlichkeit **34** 86-90
verstehen **10** 31 **24a** 2-5 **24b** 32 **40** 18
Verstehensfilter **22** 36
Vertrag, Verträge **14 84-86**
– Arbeitsrecht **37a** 34
– Austausch- **37a** 24
– Familien- und Erbrecht **37a** 32
– Gesellschafts- **37a** 35-36
– Sachenrecht **37a** 30-31 33
– sind autoritative Rechtstexte **14** 84-86 **37a** 29
– unentgeltliche - **37a** 28
– Vergleichs- **37a** 27
– Verwaltungs- **37a** 36-42
Vertragsgestaltung **37a** 4-6
– Arbeitsschritte **37a** 7-14 (13, 21, 39)
„Vertrag und Delikt“ **11** 39 **18** 11 14 **23** 44
Vertrauen **6** 49 **37a** 70
Vertretbarkeit, vertretbar **21a** 24 **26** 1 **27** 15 **vor 30** 1-2 **33** 6-19 42 **40** 22
– aus Sicht des Rechts und aus Sicht der Jurisprudenz **33** 10-11 14-15
– Definition **33** 17
– Entscheidung – Ergebnis – Begründung **33** 7-8 12
– „methodisch nicht mehr vertretbar“ **18** 37 **27** 3 **29** 18-19 35
– und Anwaltshaftung **37** 2
– vertretbar/nicht vertretbar **33** 9-11 **34** 35 38
– was sich ohne Scham mit der juristischen Methode begründen lässt **33** 17 37a 61 71
Verwaltung, öffentliche **24b** 22 25
– die drei Grundsätze der -n - **17** 18 Fn 30
– ist Teil des Funktionssystems „Politik“ **24b** 22
Verwaltungsakt **14** 87-88
– Prüfschema **11** 44 **23** 5-8
Verweisungen **19** 50-63
– drei Arten **19** 58
– konstitutive **19** 60
Verzerrungen (siehe *biases*) **35** 1
Vier-Augen-Prinzip **24b** 6
Virginia Bill of Rights **15c** 49
Völkerrecht **14** 17 53 91
– völkerrechtsfreundliche Auslegung/Interpretation **18** 78
Volksempfinden, gesundes **38** 42
Vollkommenheit (*perfectio*) **31** 31-32
Vollständigkeit **19** 2 44, **34** 65-75 82
Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) **8** passim **9** 13 18 29 **10** 23 33 **15d** 23 **21a** 13 20 **25** 1 16 20 **29** 1 9 11 **33** 23 25 **34** 76 **36** 17 **37a** 53-55 **40** 11
– komprimierte Fassung (5 Glieder) **8** 30-31
– Langfassung (7 Glieder) **8** 29
– Zusammenschluss von drei Schlüssen **8** 28
„vom Ergebnis her“ **3** 36-40 **5** 5 118 **8** 14 20 **21a** 23 **25** 2 **27** 34 **29** 1-2 17 20 36 **37a** 52-59
Vorsatz
– im Strafrecht **23** 23-24 26
Vorsatztheorie und Schuldtheorie **20** 25 **23** 23 26 30 34
„vorsorgende Rechtspflege“ **37a** 3
Vorverständnis **15a** 88 **15b** 24 **24** 29 **24a** 52 **24b** 6 **31** 92
Vor- und Nacherbschaft **37a** 2 55
Wahlrecht (zum Bundestag) **14** 50 73
wahr, Wahrheit **2** 36 **5** 28-30 66-71 **10** 1 6 11 24 **22** 11 **24a** 15 28 32 57 **24b** 38 **30** 20 37-39 42-43 48 **31** 33 55-56 60-61 87
– Ästhetik und - **31** 33 55-56 60-61
– „das Wahre ist das Ganze“ **10** 42
– -sfindung **24a** 7-15 24 41
– juristischer -sbegriff **24a** 9 13-14 24

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Konvergenztheorie (das ist die zutreffende) **5** 71 72-74 **24a** 13
– Wahrheitstheorien **5** 69-71 **24a** 11-12
Wahrnehmung **6** 1-2 59 **9** *11* **24a** 8 **24** 27-28 **29** 38 **30** 10 31 **31** 26-28 35 40-41 49 55 74 94 **32** 29 **34** 92-93 **35** 1 *22* 33 46 **36** 2 22 **40** 11 16-23
wahr/wahrscheinlich **6** 7-8 11 27
Wald **9** 13 **10** 1
Wallbox **38** 37
Wandel, gesellschaftlicher **15a** 75 85
„Warum?“ **32** 17
„wechselseitige Auffangordnung“ **20** 28
Weimarer Methodenstreit **1** 20
Wein, Beurteilung von (Fall) **15a** 75
Welt
– an einem Wort hängt eine ganze - **21** 1
– „da draußen“ **22** 2
– die - ist alles, was der Fall ist **6** 54 **24** 8
– im Fall kommt alle - zusammen **24** 8 **24a** 1 5
– ist so kompliziert, wie wir sie machen **19** 1
– -umsegelung **20** 4
„Welt 3“ **24** 12
„wenn“ **5** 116 **15b** 7-8
„wer will was von wem woraus?“ **23** 42 **37a** 2 17
Wert
– und Preis **10** 3
– „höhere“ Werte? **15a** 85 **15b** 24 **15c** 73 **16** 33 **19** 29 Fn 59 65 **32** 3 **33** 28 **36** 4 **37a** 62 **39** 11 **40** 62
„Werterkenntnis“ **3** 14 **vor 22** 3 **29** 1 36 **33** 28 **36** 4
Wertordnung des Grundgesetzes **31** 77
„wertorientiertes Denken“ **9** 12-13 20
„Wertung“, Wertungen **3** 13-15 28-32 **5** 11 **8** *27* **9** 7 **10** 1 24 42 **15b** 23 **15c** 25 72-77 **16** 33-36 **18** 81 **19** 66 **20** 33 37 **21a** 6 9 17 **24** 22 26-30 **25** 9-10 17 **27** 3 11-14 16-17 **31** 83 **32** 29 **33** 23-24 **34** 46 **37a** 62 **37c** 1 **38** 46-48 **40** 25
– Allerweltswertungen **36** 6
– als erste Prädikate **5** 34-36 **24** 26 **36** 13 **37a** 62
– heißt gefühlsmäßig Stellung beziehen **40** 21
– „wertende Gesamtbetrachtung“ **34** 57 60
– zwei Fallvergleiche **8** 27
Werturteile, Wertaussagen **5** 31-39 (37-38) 65 121 **10** 33-34
Wertungsjurisprudenz **1** 23 34 **40** 25
Wettbewerb zweier Syllogismen **8** 7-8 12-13 15-16 **9** 18 **10** 33 **33** 21-24 **34** 39-40 **40** 11
we will cross that bridge **28** 11 **34** 54
Widerklage **22** 23-24 **30** 34
Widerlegung von Gegenargumenten **34** 74
Widerspruch, Widersprüche (i.S.d. Logik) **5** 89 **15a** 43 47 **18** 39-50 97 **24a** 28
Widerspruchsfreiheit **18** 97 **19** 2 44
siehe auch *ex contradictione quaodlibet*
Willenserklärungen (Privatrecht) **14** 82-83
Willensfreiheit **24** 11
Willens- und Erkenntnistypen **8** 8 Fn 11 **29** 1 **35** Fn 23
Willensveredler **3** 42
Willkür **34** 23
Windkraftanlagen (Bauplanungsrecht) **28** 20-26
Windkraft-GmbHs (Fall) **14** 78 **34** 67-74
Wirklichkeit (Realität) **4** 2 **5** 20 40-50 **6** 20 **10** 10 **11** 29 32 **18** 38 **24a** 9-14 **32** 17 **33** 36-37 **35** 16-17 20 60 **40** 5 7-8 26
– es gibt nur eine **5** 45 **20** 4
– keine „Kluft“ zwischen Recht und - **5** 47-49 **39** 16
– rechtliche - **23** 4 18
– und Logik **5** 51-59
– wirkliche - **24** 13
Wirtschaft **19** 27-28 **24b** 16 22
Wissen, Können und **21a** 11
Wissenschaft **40** 7-8
– Missbrauch **21a** 5
– Sinn von Unsinn trennen **37a** 73 **37b** 13
– spielt eine Ebene höher als Dogmatik (??) **39** 28
Wissenschaften (Natur-, Geistes-, Sozial-, Norm-) **1** 8-11
Wissenschaftstheorie
– für Juristen **1** 27
„Wissenschaft“ versus „Praxis“? (in der Jurisprudenz) **11** 11 **22** 25-26 30 **24b** 7-13, 42 **39** 30
woke **31** 6
Wortlaut **18** 72 **24** 19 **27** 10 **29** 3 **30** 6
– als Grenze der Auslegung (?) **10** 36 **13** 3 **16** 2 **27** 10
– bei Savigny gerade nicht! **16** 2 **18** 72
– klarer - **16** 58 **18** 70
– möglicher und herkömmlicher **21a** 9 Fn 9
WOW-Erlebnis **6** 26
Würde des Menschen **11** 3 **18** 95 **20** 37 **25** 30 **31** 11 72 **40** 25
– bei Luhmann **31** 72
– entschlacken mit Hilfe des Wesensgehalts (Art. 19 Abs. 2 GG) **18** 96
Wunsiedel (Fall) **25** 33 **27** 29-37
WYSIATI **35** 34-35
X-Files (TV-Serie) **5** 24 Fn 50

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zauber
– der Logik und des Syllogismus **34** 76 **35** 34
Zauberkünstler (Illusionist) **35** 7
Zehn Gebote **34** 50
Zeichen **10** 6 13 17 21 **31** 74 84 89
– Termini als Zeichen für Begriffe **10** 13-16
– Sätze als Zeichen für Aussagen **10** 17-20
– Syllogismen als Zeichen für Begründungen **10** 21-23
– nicht-sprachliche - **10** 9
siehe auch Semiotik
zeigen, sich zeigen **22** 2 **23** 1 **31** 53-54 **35** 34 **40** 11
Zeit
– sparen siehe Prozesse und Strukturen **33** 34
Zeuge **24a** 17-19
– Angaben vor Gericht „im Zusammenhang“ **24a** 18 27 **40** 17
Ziel **38** 67
– -e und Regeln **38** 12
Zirkelschluss **2** 30 **15a** 18 **20** 5-7 **34** 17-21
Zivilprozess **37b** 1-3
Zufall **5** 41 **35** 40 58 69
– als Sinnzusammenhang **35** 58
Zulässigkeit im Verwaltungsprozess (Schema) **23** 52
zurück zum Text, zurück zum Fall **15c** 16 **39** 43-45
Zusammenhang
– Angaben von Zeugen im - **24a** 18
Zusammenklang **10** 42
– Ergebnis und Begründung **9** 29 **33** 23-24 **34** 39 **40** 11
– Ergebnis und Herstellung **31** 96
siehe auch *leggerezza*
„zusinnen“ (Potacs) **1** 30 **5** 46 **6** 65
Zuständigkeit siehe Kompetenz
Zwangspunkte **25** 3
zweckmäßig vs. rechtmäßig **15b** 33
Zweckprogramm siehe Konditionalprogramm
Zweierbeziehung **35** 39
Zweifel **36** 5
– Rechtsstreit als institutionalisierter - **36** 8
– vernünftiger - siehe *reasonable doubt*
siehe auch *doubt/belief*
Zweite-Reihe-Rechtsprechung **9** 31 **10** 28 36 41 **14** 52 **25** 24
Zweitheit (*secondness*) siehe Kategorienlehre (Peirce)
Zwingendheit siehe Deduktivität
Zynismus **11** 27 **30** 40

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Personen (Auswahl)

Andersen, Hans Christian **32** 26 Fn 74
Aquin siehe Thomas
Aristoteles **1** 3 **2** 32 36 **11** 35-39 47 **18** 11 **23** 11 44 **27** 23 **29** 3 **30** 8 **38** 2
Augsberg, Ino **32** 24 **39** 44-45 46-47
Augsberg, Steffen **39** 46-47
Ballweg, Ottmar **32** 10
Baumgarten, Alexander Gottlieb **31** 31-33
Belser, Eva Maria **38** 55-58
Braun, Johann **4** 9
Caligula **11** 27
Damler, Daniel **32** 23
Descartes, René **1** 5-7 **4** 5 **18** 72
Dylan, Bob **30** 19
Dworkin, Ronald **5** 72-75 **18** 84 **23** 11 **24a** 14
Eco, Umberto **10** 7 **31** 46
Engisch, Karl **9** 16
Feyerabend, Paul **5** 86 **31** 52
Fuller, Lon **31** 15
Frege, Gottlob **4** 7
Gast, Wolfgang **32** 20
Gigerenzer, Gerd **35** 55 Fn 102 **36** 25
Gracián, Baltasar **31** 29 48 72
Gröschner, Rolf **32** 12-13
Habermas, Jürgen **5** 70 83
Haft, Fritjof **32** 19
Hesse, Konrad **15c** 11-16 **18** 86 **34** 51
Hitler, Adolf **15c** 8-9 **30** 43 **35** 56
Hobbes, Thomas **14** 23 41
Hollerbach, Alexander **1** 25 **15** 2 **15b** 5 **15c** 30 **24** 29
Holmes, Oliver Wendell jr. **14** 54
Jhering, Rudolf von **32** 2-3
Kahneman, Daniel **10** 38-39 **35** passim
Kant, Immanuel **1** 14-15 **5** 36 73-74 **9** 4 6-7 9 11 **15d** 20 **30** 29-38 45 **31** 4-5 17 30-31 34-42 79
Kelsen, Hans **1** 19 **5** 33 **18** 40
Kirchmann, Julius Herrmann von **39** 38
Konfuzius **15a** 90
Kuhn, Thomas S. **31** 56-57
Larenz, Karl **1** 23 **5** 11 **9** 12 **15c** 8-10
Lepsius, Oliver **10** 18 Fn 31 **15a** 42.
Lübbe-Wolff, Gertrude **5** 19 **15a** 61
Luhmann, Niklas **10** 31 **11** 29-31 **22** 1 **30** 5 27 45 **31** 23 49 67 70 72 75 87-88 **35** 34 **39** 15-17
Luther, Martin **5** 39 **30** 16 27
Machiavelli, Niccolò **38** 66
Marcus, Hugo **32** 7
Miller, George A. **8** 30 **15a** 87
Montesquieu, Charles-Louis etc. **14** 56 **38** 68
Ortega y Gasset, José **14** 91
Peirce, Charles Sanders **3** 4 26 34 **5** 10 14-18 36 58 71 77-78 120 **6** 2 12 15 18-28 33 35 40 46-47 50 71 **11** 14 **14** 54 **16** 60 **21a** 25 **24a** 13 **24b** 51 **25** 20 **30** 5 9 **31** 89 91 98 **32** 7 11 28 **35** 20 Fn 33 **39** 17 **40** 6
Petrus Hispanus **1** 13 **5** 104 111 **14** 42
Platon **1** 3 **vor 3** 2 **5** 102 **17** 39 Fn 68 **20** 28 37 **21a** 2-5 **23** 14 **31** 99 **34** 7
Popper, Karl Raimund **1** 11 24 26 **5** 49 55 80
Radbruch, Gustav **1** 19 **30** 7 38 **32** 4-5
Rehbinder, Manfred **10** 27 **22** 32
Reiners, Ludwig **34** 12
Roellecke, Gerd **24b** 29 Fn 42
Rousseau, Jean-Jacques **38** 67
Savigny, Friedrich Carl von **1** 15-17 **15d** passim **18** 72 **19** 4-16 **20** 32
Schlieffen, Katharina Gräfin von **2** 24 **32** 14-18 20
siehe auch Sobota
Schmitt, Carl **1** 20 **3** 2 **15c** 27 68
Schwarzenegger, Arnold **34** 1-2
Seibert, Thomas-Michael **32** 11
Selbert, Elisabeth **21a** 8 **26** 6
Sextus Empiricus **15a** 3
Smith, Adam **9** 16
Sobota siehe Schlieffen
Sokrates **2** 5 **35** 28
Staub, Hermann **16** 14 **32** 3
Thibaut, Anton Friedrich Justus **20** 32
Thomas von Aquin **1** 4 5 Fn 5 **21a** 4 Fn 5 **24a** 11 Fn 12 **31** 66
Triepel, Heinrich **32** 6
Tversky, Amos **35** passim
Valla, Lorenzo **24a** 20
Vesting, Thomas **32** 24
Viehweg, Theodor **32** 9 14 34-38
Vismann, Cornelia **32** 24
Waechter, Kay **31** 99
Wittgenstein, Ludwig **4** 7 **15a** 52-53 54, **15c** 32
Zippelius, Reinhold **1** 24 **5** 80 **9** 13 **19** 36 **27** 38

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748962670 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -