

Zur Perspektive der Rechtsanwendung*

Meinrad Handstanger

Verwaltungsgerichtshof
Judenplatz 11, 1014 Wien
meinrad.handstanger@vwgh.gv.at

Schlagnworte: Entscheidung, Auslegung, Methodologie, Falllösung, Mehrebenen-system, Plausibilität

Abstract: Die Rechtsdogmatik ist in besonderer Weise auf die Rechtsanwendung fokussiert. Der Beitrag beschäftigt sich mit wesentlichen Rahmenbedingungen der Rechtsanwendung: der Sprachgebundenheit und Sinnverhaftetheit von Rechtsnormen, ihrer Interpretationsbedürftigkeit und Kontextbindung, dem Richtigkeitskriterium der Plausibilität für das Normverständnis sowie den Denkrichtungen bei der Falllösung, der Konstruktion von Rechtsordnungen als Mehrebenensysteme sowie der Bedeutung unabhängiger, bloß auf das Recht konzentrierter Rechtsanwendungsinstitutionen.

1. Problemstellung

Rechtsnormen lassen sich nach *Peter Koller* aus drei Blickwinkeln betrachten¹: Die Beobachterperspektive zielt auf die (wertneutrale) Beschreibung bzw. Erklärung der Rechtswirklichkeit, die (von einem praktischen Erkenntnisinteresse geleitete) Teilnehmerperspektive auf das richtige Verständnis des Inhalts der Normen und die Gesetzgeberperspektive auf die (politische) (Neu-)Gestaltung mithilfe des Rechts. Die Anwendung des Rechts wird von allen drei Perspektiven – wenn auch mit unterschiedlichem erkenntnisleitendem Interesse – in den Blick genommen. Rechtswissenschaft wird aus allen Perspektiven betrieben, in ihrem Kernbereich ist sie allerdings als Rechtsdogmatik auf die Entwicklung und die Anwendung

* Der folgende Text – angekündigt unter „Theorie der Rechtsanwendung“ – konnte infolge einer Verhinderung bei IRIS 2008 nicht vorgetragen werden. Er wurde mit einem etwas geänderten Titel versehen und um einige Fußnoten ergänzt. Der Verfasser dankt dafür, dass der Text im Sammelband IRIS 2008 veröffentlicht wird; er gibt lediglich die Auffassung des Verfassers wieder.

1 Koller, Theorie des Rechts², 1997, 45 ff.

von Rechtsnormen (Regeln und Prinzipien) gerichtet². Die rechtsdogmatische Sicht ist in besonderer Weise auf die Rechtsanwendung fokussiert, als sie sich auf den aus Normen (in ihrem Kontext) ergebenden Anordnungsinhalt (ihren Sinn) konzentriert. Rechtsdogmatik ist derart „Rechtsanwendungswissen“, das einen Thesaurus von Rechtsproblem-Lösungen repräsentiert³. In der Folge soll einigen Rahmenbedingungen für die Rechtsanwendung nachgegangen werden, wobei nicht auf eine Theorie des Rechts, sondern auf eine Theorie des rechtlichen Wissens⁴ abgezielt wird⁵.

2. Sprache als „Trägersystem“ des Rechts

Rechtsnormen „schweben“ nicht „schwerelos in der Luft“, sie manifestieren sich nicht aus sich selbst heraus, sondern bedürfen eines Mitteilungsinstruments. Die Mitteilung von Rechtsnormen ist weitaus überwiegend auf die natürliche Sprache angewiesen. Rechtsnormen werden i. d. R. in den Zeichen der Sprache (sprachlichen Symbolen⁶, insb. Buchstaben, Satzzeichen, Zahlzeichen) ausgedrückt. Ob überhaupt eine Rechtsnorm existiert bzw. welcher Inhalt ihr zukommt, ist nur aufgrund einer sprachlichen Mitteilung erfassbar⁷. Die natürliche Sprache erweist sich dabei für das Recht als Vorgabe. Ihre Eigenschaften und Eigenheiten strahlen nicht nur indirekt auf das Rechtsverständnis aus, sie sind vielmehr – als Teil des Mediums der Vermittlung des Rechtswissens – ganz zentrale Charakteristika der Rechts-

2 Vgl. jüngst *Rühl*, Vom Nutzen der Philosophie für die Rechtswissenschaft, in: Sandkühler (Hrsg.), *Philosophie, wozu?*, 2008, 269, 270 f.

3 Rechtsdogmatik wird von Lehre und Rechtsprechung im Interesse der gleichmäßigen Rechtsanwendung entwickelt; sie beinhaltet an der tatsächlichen oder hypothetischen Anwendung erarbeitetes und zudem systematisiertes, gemessen am Wortlaut der rechtlichen Regelungen verfeinertes Wissen betreffend ihren Sinn; vgl. dazu *Kaufmann, A.*, Rechtsphilosophie, Rechtslehre, Rechtsdogmatik, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁷, 2004, 1 ff.; *Eike von Savigny*, Die Rolle der Dogmatik – wissenschaftstheoretisch gesehen, in: *ders.*, u. a., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, 100, insb. 106.

4 Letztere unterscheidet sich von Ersterer durch ihre Konzentration auf die Anwendungsperspektive (a. A. im Ergebnis offenbar *Somek*, *Rechtliches Wissen*, 2006, 19); zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik vgl. *Adomeit*, *Rechtstheorie für Studenten*⁴, 1998, 12 ff.

5 Die Darstellung bleibt schon angesichts des zur Verfügung stehenden Platzes skizzenartig und insofern unvollständig.

6 Vgl. dazu *Bußmann*, *Lexikon der Sprachwissenschaft*, 2002, 670.

7 Rechtsnormen hängen in Semantik, Syntax und Pragmatik an der natürlichen Sprache.

normen selbst. Rechtsnormen lassen sich von der natürlichen Sprache nicht ablösen; dies gilt in aller Regel auch für Aussagen über ihren Inhalt, zumal auch diese üblicherweise (etwa in Gesetzesmaterialien, Lehrbüchern oder Gerichtsurteilen) in natürliche Sprache gefasst werden. Diese Sprachabhängigkeit teilt die auf die anwendungsbezogene Norminterpretation zielende Rechtsdogmatik mit anderen Textwissenschaften⁸. Hermeneutische Probleme der natürlichen Sprache sind insoweit auch Probleme des Rechts. So ergibt sich etwa eine ganz maßgebliche Quelle von Schwierigkeiten für das Normverständnis aus der mangelnden Präzision⁹ der natürlichen Sprache, ihrer semantischen Offenheit, syntaktischen Ungenauigkeit und die (besonders bezüglich der pragmatischen Dimension) gegebenen Vorverständnisabhängigkeit beim Interpretieren^{10,11}. Ferner ist jede sprachgefasste Norm schon wegen ihrer sprachlichen Bindung auslegungsbedürftig¹², wobei keine Norm ihre Auslegung selbst (erschöpfend) zu regeln vermag (auch Normen, die das Vorgehen bei der Auslegung normieren, sind ihrerseits auszulegen)¹³.

3. Norm und Sinn – Recht als Vorgabe

Für die Anwendungsperspektive tritt zur Existenz eines konkreten Norminhalts als weitere zentrale Voraussetzung die Prämisse, dass erlassene Rechtsnormen nicht sinnlos sind und daher einem konkreten Norminhalt im Kontext mit den anderen Normen (insb. der gleichen Rechtsquelle) ein auf ein sinnvolles und konsistentes Ganzes ausgerichteter Sinn zukommt. Die Sinnsuche geht so nicht in die Richtung, dass sich ein Normsinn gar nicht ausmachen lässt oder (lediglich) ein solcher, der mit dem Inhalt ande-

8 Vgl. nur jüngst *Rüthers*, Gesetzesbindung und freie Methodenwahl? – Hypothesen zu einer Diskussion, ZRP 2008, 48, 49.

9 Vgl. etwa *Rüthers*, Rechtstheorie³, 2007, Rz 164 ff.

10 Siehe *Schroth*, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart⁷, 2004, 270.

11 Auch die Schaffung einer (auf natürliche Sprache gestützten) Fachsprache (vgl. dazu etwa *Rüthers*, Rechtstheorie (FN 9) Rz 195 ff.) vermag eine „Restungenauigkeit“ nicht zu beseitigen.

12 Vgl. aus der Rspr. des VfGH etwa VfSlg 10615/1985.

13 Aus den damit gegebenen Unwägbarkeiten (letztlich) den Schluss zu ziehen, dass im Rechtssystem alles argumentierbar sei (vgl. dazu etwa *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 11), erscheint überzogen (siehe dazu die folgenden Ausführungen, insb. in Pkt. 9.).

rer Normen in einem unauflösliehen Spannungsverhältnis steht¹⁴. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass Rechtsanwendung im konkreten Fall auf die Umsetzung des schon gesetzten Rechts, nicht aber auf dessen Ersatz bzw. auf die Setzung gleichrangiger Normen abzielt. Die (rechtsdogmatische) Anwendungsperspektive bezieht sich damit auf etwas Vorgefundenes, das verstanden werden will¹⁵. Die Texte der Einzelfallentscheidungen leiten sich argumentativ aus den Texten der generellen Normen ab, die Rechtsanwendung ist so (doppelt) textgebunden.

4. Anwendung – Befolgung – Auslegung

Die Unterscheidung von Anwendung und Befolgung bringt ins Spiel, dass Rechtsnormen (im Unterschied zu anderen Normen) von einem Zwangsapparat – kurz: dem Staat – angewendet werden und damit durchsetzbar sind¹⁶. Die besondere Effektivität durch die unmittelbare Verknüpfung von Staat und Recht kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es ohne die (freiwillige) Befolgung von Rechtsnormen mit der Effektivität der Rechtsordnung insgesamt schlecht bestellt wäre; der staatliche Zwangsapparat ist – ohne diktaturtypische Überdimensionierung¹⁷ – nämlich nicht im Stande, eine strukturelle Nichtbeachtung des Rechts zu ahnden. Eine im Großen und Ganzen gegebene Befolgung ist damit die Voraussetzung dafür, dass die staatliche Anwendung des Rechts rechtssystemkonform zum Tragen kommen kann. Rechtsbefolgung orientiert sich (angeleitet insb. von der sog Kautelarjurisprudenz) zudem an den Standards der Rechtsanwendung, um eine zwangsweise Durchsetzung zu vermeiden, Anwendung und Befolgung stehen so in einem regelkreisartigen Zusammenhang. Aus diesem

14 Damit soll nicht gesagt werden, dass die mit der Anwendung einhergehende Interpretation verschiedener Normen zum Ergebnis führen kann, dass die Normen in einem Widerspruch oder Spannungsverhältnis stehen. Allerdings wird hier nicht die Erzielung, sondern die Vermeidung von Normwidersprüchen oder -spannungsverhältnissen als typisch für die Anwendungsperspektive gesehen.

15 Das Verstehenwollen markiert zudem auch eine innere Einstellung, die einer endogenen Deviationstendenz in Richtung Ersatz des anzuwendenden Rechts gegenläufig ist (ein bewusst rechtswidriges „Auslegungsergebnis“ kann wohl nicht auf einem Verstehenwollen basieren).

16 Vgl. nur *Rüthers* (FN 9) Rz 81 ff.

17 Die Überdimensionierung zeigte dabei in aller Regel als ein maßgebliches Element die mit der Verbreitung von Abschreckung verknüpfte Inklusion von Privaten für Überwachungs- und Informationszwecke (diese personelle Erweiterung lässt sich freilich durch den Einsatz technischer Mittel – jedenfalls z. T. – kompensieren).

Blickwinkel lassen sich Rechtsnormen als auf stabilisierten Verhaltenserwartungen beruhend verstehen¹⁸. Die Verstaatlichung der Rechtsdurchsetzung berührt zudem das Legitimitätsfundament von Staat und Recht, indem – i. S. des gesellschaftsvertragstheoriebezogenen kontraktualistischen Arguments¹⁹ – eine den Streitparteien entzogene unparteiische Rechtsanwendung (die Gleichheit vor dem Gesetz) gewährleistet und ferner – auch i. S. des Konzepts der Volkssouveränität²⁰ – die möglichst unverfälschte Umsetzung der vom demokratisch konstituierten Erzeuger generierten generellen Rechtsvorschriften ermöglicht wird. Aus der an der Entscheidung von wirklichen oder hypothetischen Rechtsfällen orientierten Rechtsanwendungsperspektive lässt sich die Sinnermittlung, die Auslegung des generellen Rechts nicht von der Anwendung bzw. Befolgung des Rechts isoliert betrachten, für Letztere ist die Auslegung vielmehr ein zentrales Element²¹.

5. Kontext und Gebrauch

Bei der Entscheidung von Rechtsfällen stehen in aller Regel weder die herangezogenen Rechtsnormen (das rechtliche Substrat) noch die als maßgeblich erachteten Fakten (das Tatsachensubstrat) isoliert. Einzelne Normen lassen sich nicht ausschließlich aus sich selbst, sondern nur in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen verstehen. Zumeist ist eine ganze Reihe von Rechtsnormen in ihrem Zusammenhang zu berücksichtigen, und die maßgebliche Tatsachenebene ist schon deshalb komplex, weil sie auf dem Boden anderer Tatsachen (Beweise für vergangene, Prognosen für zukünftige) gewonnen wird. Nicht bloß einzelne (isolierte) Normen und Fakten, sondern Norm- und Faktenkomplexe werden bei der Falllösung miteinander so verbunden, dass eine Fallentscheidung begründet werden kann. Bestimmend dafür ist die Konstituierung des jeweils spezifischen

18 Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie, 1972, insb. 31 ff.

19 Vgl. *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, insb. 19 ff.

20 Vgl. dazu jüngst *Bredt*, Constitutional Economics und gewaltenteiliges Demokratieverständnis, *Der Staat* 2007, 589.

21 Hebt man die Auslegung von der Anwendung des Rechts für konkretisierte Fallkonstellationen ab, tendiert die Sinnermittlung genereller Normen zur Beschreibung eines bloßen Auslegungsrahmens, dem primär grenzziehender Charakter, nicht aber die Präsentation eines „durchkomponierten“ Falllösungsmodells zukommen wird (vgl. dazu *Handstanger*, Die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Rechtspraxis, *ÖJZ* 2004, 621).

internen Kontextes auf Norm- und Tatsachenebene sowie des diese Ebenen dann überwölbenden Kontexts. Rechtsanwendung stellt sich so als Mehrebenen-Kontextabgleich dar, ein oft komplexer und komplizierter Vorgang. Der Weg zur Fallentscheidung lässt sich weder ausschließlich mit der „korrekten“ Handhabung der traditionellen Analysegesichtspunkte für Rechtstexte i. S. der traditionellen juristischen Methodenlehre²² noch damit beschreiben, dass dem Rechtsanwender die konkrete Lösung – mangels Bindbarkeit – notwendigerweise weitestgehend autonom überlassen werden (und ihm damit freistehen) müsse. Beide Sichtweisen greifen schlicht zu kurz. Die Orientierung des bei der Falllösung ablaufenden gleichermaßen sachverhalts- und normbezogenen Denkvorgangs wird vielmehr durch die bisherige Anwendungs- und Auslegungspraxis – der konkret relevanten Rechtsvorschriften, aber auch der Rechtsordnung überhaupt – bewerkstelligt. Zentral für die Falllösung ist regelmäßig die Einpassung der Fallkonstellation in das Feld bereits entschiedener Fälle bzw. für Falllösungen erarbeitete Lösungsmodell(element)e. Falllösungen stehen so im Kontext des Fallrechts und der Rechtsdogmatik. Mit diesem Kontext – den daraus ableitbaren Lösungsmodellen – werden die fallindividuellen Kontexte aufbereitet und entscheidungsorientiert reduziert²³. Rechtsanwendung lässt sich so als normgebrauchsgesteuerte Reduktion von Fallkontexten begreifen²⁴.

6. Plausibilität als Richtigkeitskriterium

Schon in der Gebundenheit von Rechtsnormen in relativ unpräziser Sprache liegt der Grund, dass es für die Fixierung ihres Inhalts ein „mathematisches Beweisverfahren“ fehlt. Die für die Analyse von Rechtstexten verwendeten traditionellen Gesichtspunkte führen mitunter zu wider-

22 Vgl. jüngst *Hassemer*, Gesetzesbindung und Methodenlehre, JRP 2007, 213, insb. 215 ff.

23 Damit eröffnen sich folgende Möglichkeiten: Für eine Fallkonstellation wie die zu entscheidende existiert bereits ein einschlägiges Lösungsmodell, das (entweder direkt oder nach einer gewissen Anpassung) nutzbar gemacht werden kann, das Lösungsmodell wird – nach eingehenden Überlegungen, die zu dafür sprechenden „besseren Gründen“ geführt haben – aufgegeben, oder man befindet sich (mehr oder minder) auf „juristischem Neuland“, auf dem durch die Fallentscheidung ein „Pflock“ – zur Orientierung in künftigen Fällen – einzuschlagen ist; vgl. dazu *Handstanger*, Zur Transformation der Rechtssprechung, in: *Kopetz/Marko/Poier*, Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat, (FS Mantl), 2004, 63, insb. 66 ff., m. w. H.

24 Der Gebrauch gibt Auskunft über den Norminhalt, siehe etwa *Hiebaum*, Die Politik des Rechts, 2004, 93.

sprüchlichen Norminhalten²⁵. Ob ein Normverständnis als richtig gewertet wird, hängt in diesem Rahmen von der Überzeugungskraft der für ein bestimmtes Normverständnis ins Treffen geführten Argumente ab²⁶. In diesem Sinn ist der Norminhalt begründungsrelativ, der Rechtsdiskurs folgt der „Logik des besseren Arguments“. Ausgangspunkt dafür ist – wie schon angesprochen – der Thesaurus schon bestehender Falllösungsmodelle. Falllösung orientiert sich an bereits bewährten Argumentationen und folgt damit dem mit der Angewiesenheit auf bloße Plausibilität verbundenen zusätzlichen Rationalitätskriterium, dass die einmal erzielte Falllösung – generell – für alle in ihren wesentlichen Punkten übereinstimmende Fälle gelten soll²⁷. Einmal gefundene Lösungen sollen nur bei „besseren Gründen“ (nicht schon bei gleich guten) verlassen werden können, sie werden damit nicht bloß zum Ausgangspunkt, sondern zur Grundlage der Entscheidungsfindung^{28,29}. Als weiteres Rationalisierungsmoment verlangt diese Anwendungspraxis, dass die Entscheidung in einem regelgebundenen fairen Verfahren gefunden wird, das sicherstellt, dass dem besseren Argument gefolgt werden kann³⁰. Das beschriebene System zur Erzielung von Entscheidungsrichtigkeit basiert somit auf mehreren Momenten, das auf ein freies Spiel der Argumente vor dem Hintergrund des bereits Erreichten abzielt und – der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit dienend – größtmögliche Kontinuität bei gleichzeitiger Wandelbarkeit in „neuen Fällen“³¹ gewährleistet. Richtigkeit wird nicht durch die Befolgung einer ganz bestimmten Auslegungsmethode oder der Fokussierung von Normen aus der Perspektive eines oder mehrerer Rechtsprinzipien gewonnen, Richtigkeit bei der Rechtsanwendung ist vielmehr nur im Rahmen des Zusammenwirkens mehrerer Faktoren in der Form von bloß plausiblen Ergebnissen

25 Normwortlaut, systematischer Kontext der Norm, die historische Dimension der Normentstehung und das Regelungsziel der Norm. Vgl. *Hassemer* (FN 22) 215 ff.

26 Vgl. dazu *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart⁷, 2004, 333, 341; *Perelmann*, Juristische Logik als Argumentationslehre (1979) 216.

27 Auf Generalisierung angelegtes Fallrecht bildet gemeinsam mit einzelfallbezogenen in Betracht kommenden Rechtsnormtexten und Sachverhaltskonfigurationen das „Fadenkreuz“, mit dem die Falllösung in den Blick genommen wird.

28 Insofern besteht eine „Präjudizienvermutung“, vgl. zum Fragenkreis jüngst *Kriele*, Richterrecht und Rechtspolitik, ZRP 2008, 51.

29 Die Innovationslast i. S. d. Angebens besserer Gründe trägt derjenige, der eine neue Lösung vorschlägt, vgl. dazu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation³ (1996) 327, 336.

30 Vgl. *Alexy*, Die Idee einer prozessualen Theorie der juristischen Argumentation, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs (1995) 94 f.

31 Als solche Ausnahmefälle kommen wesentliche Änderungen in den Sach- oder Rechtskontexten in Betracht.

erzielbar. Auch auf der Ebene der Richtigkeit erweist sich die Rechtsanwendung gebrauchsgesteuert.

7. Zirkularität und Linearität bei der Falllösung

Fallentscheidungen lassen sich argumentativ auf die Rechtsnormen zurückführen, die als Entscheidungsmaßstab herausgestellt werden³². In aller Regel wird dabei der Weg des Syllogismus i. S. der Aussagelogik gewählt: Es wird verdeutlicht, dass der zu entscheidende Fall (der als maßgeblich erkannte Sachverhalt) einen Unterfall der den „Obersatz“ repräsentierenden Rechtsnorm bildet³³. Insofern gibt die argumentative Rechtfertigungsoperation ein lineares Bild, die Fallentscheidung erfließt gleichsam (mehr oder weniger) zwanglos aus den angewendeten Normen³⁴. Quer zu diesem „Begründungszusammenhang“ liegen die Denkvorgänge, in denen die Entscheidung erarbeitet wird. Im „Entdeckungszusammenhang“ wird von den ausgebreiteten Fakten auf die (nach verschiedenen Richtungen hin analysierte) Rechtsordnung und wieder retour (mitunter mehrmals wiederholt) geblickt; es geht darum, in der Rechtsordnung den passenden Entscheidungsmaßstab und dann daraus die konkrete Entscheidung zu gewinnen. Schritt für Schritt werden (insb. auch die jeweils andere Schiene dazu nutzend) Sachverhalt und Rechtsfragen reduziert und letztlich in eine für die Entscheidung adäquate Korrespondenz gebracht. Insofern ist juristisches Denken zirkulär³⁵. Ganz wesentlich für die Erstellung des Begründungstextes ist dann die Transformation des Entdeckungsvorgangs in den linearen Begründungsduktus³⁶. Die traditionellen Auslegungsgesichtspunkte der juristischen Methodenlehre treten sowohl im zirkulären Kon-

32 Entscheidungstexte, die in keiner Weise argumentativ auf die Rechtsordnung gestützt werden, geben regelmäßig Anlass zur Vermutung nicht auf dem Boden der Rechtsordnung zu stehen.

33 Genauer besehen wird die Entscheidung mit einer aus der Norm abgeleiteten „Schlussregel“ gestützt, vgl. *Toulmin*, *Der Gebrauch von Argumenten*² (1996) insb. 88 ff.

34 Dahinterstehend ist wohl regelmäßig auch das strategisch-rhetorische Bestreben, die gefundene Lösung als die einzig richtige erscheinen zu lassen.

35 Aus dieser spezifischen Dialektik heraus werden auch die maßgeblichen Fakten ermittelt; die Ausleuchtung des Sachverhalts ist wesentlich dafür, welche Norm konkret zur Anwendung kommt, weshalb das Programm dafür insb. auch an der Abgrenzung der in Betracht kommenden Normen orientiert wird.

36 Dort werden Verzweigungen und alternative Lösungen (wenn überhaupt) meist nur enthymematisch präsentiert.

text (als Instrumente zur Normtexterhellung) als auch im linearen Zusammenhang (um den Normsinn zu fixieren) auf, orientiert freilich an der bisherigen Anwendungs- und Auslegungspraxis.

8. Recht als Mehrebenensystem

Rechtsordnungen weisen eine hierarchische Struktur auf³⁷. In der Rechtsanwendungspraxis wurde die Prävalenz der höheren Struktur v. a. am sog. Vorrang der Verfassung³⁸ entfaltet: Unterverfassungsgesetzliches Recht wird am Maßstab der Verfassung gemessen und gegebenenfalls als verfassungswidrig nicht zum Tragen gebracht³⁹. Die in der Verfassung normierte Grundordnung des Gemeinwesens inklusive der Grundrechte der Einzelnen geht dem „ungerechten Gesetz“ vor⁴⁰. Neben dieser Metastruktur haben gesetzliche Regeln meist auch eine gewisse Tiefenstruktur⁴¹; auch die Verfassung weist regelmäßig eine tiefenstrukturelle Prinzipienebene⁴² auf. Verfassung und Gesetz stellen damit zumindest vier Normebenen für die Rechtsanwendung bereit⁴³. Das Nebeneinander der Ebenen wird durch ein Set von Kollisionsregelungen für Widersprüche und Spannungsverhältnisse reguliert. In der Anwendungspraxis wird nun zumeist⁴⁴ – was schon für sich eine beachtliche Erweiterung des Auslegungsspielraums bedeutet – ohnehin jede Normebene „objektiv“ auf geänderte Sachlagen, Norm(komplexe) und Wertvorstellungen angepasst⁴⁵. ME ist es aber vor allem die skiz-

37 Vgl. Kaufmann, Rechtsphilosophie³ (1997) 146 ff.

38 Vgl. etwa Vorländer, Die Verfassung. Idee und Geschichte² (2004) 11 f.

39 Entweder durch Derogation oder im Wege einer verfassungskonformen Interpretation (insb. durch ein spezialisiertes Verfassungsgericht).

40 Vgl. Hirsch, Auf dem Weg zum Richterstaat?, JZ 2007, 853, 854 f.

41 Prinzipien, die die Anwendung gesetzlicher Regeln steuern, werden entweder explizit in Normtext statuiert oder – im Wege der Rechtsanwendung – aus den Regeln abstrahiert.

42 In der westlichen europäisch-amerikanischen Verfassungstradition insb. die Prinzipien Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung.

43 Im Fall nach dem Abstraktionsgrad abgestufter Prinzipien – etwa dem Rechtsstaatsprinzip i. V. m. dem aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz erfließenden Verhältnismäßigkeitsprinzip – können es auch mehr Ebenen sein; zum Teil überschneiden sich auch die Ebenen: für bestimmte Rechtsgebiete ergibt sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch aus dem Gesetzesrecht (vgl. Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ (2007) Rz 789).

44 Siehe Hirsch (FN 40) insb. 855 ff.

45 Geleitet ist diese Haltung letztlich von der oben in Pkt. 3 geschilderten Sinnannahme. Gegen diese Praxis wendet sich äußerst kritisch Bernd Rüthers, vgl. jüngst den in FN 8 genannten Beitrag.

zierte Mehrschichtigkeit, die den Argumentationsspielraum und damit den Spielraum für die Interpretation enorm vergrößert. Eine bei bloß einer Normschicht als „kühn“ (über den Gesetzestext hinausgehend) erachtbare Auslegung kann z. B. durch zusätzliche – aus Prinzipien gewonnenen – Prämissen als besonders legitim, weil verfassungsrechtlich gewollt, herausgestellt werden⁴⁶. Für Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergibt sich noch eine zusätzliche Überwölbung: Das Gemeinschaftsrecht steht kraft seiner Strukturprinzipien zum nationalen Recht im Verhältnis einer asymmetrischen Vorordnung⁴⁷. Das Zusammenwirken zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht wird überwiegend nicht durch nationales generelles Recht, sondern bei der Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall effektuiert⁴⁸. Aber auch ohne Tangierung des Gemeinschaftsrechts stellt sich das aus dem Mehrebenensystem erfließende Erfordernis zur Harmonisierung der Ebenen jedenfalls für die Rechtsanwendung im Einzelfall^{49,50}.

9. Institutionelle Rechtsbindung

Rechtsanwendung setzt die Bindung an das Recht schon begrifflich voraus; nur eine das Gesetz zutreffend umsetzende Anwendung ist in Bindung an das Recht erfolgt. Geht die Fallentscheidung am Sinn der generellen Rechtsnormen vorbei, kann von einer erfolgreichen Anwendung von Recht

46 Da jeder Normtext Regelungsdefizite aufweist, wird der Weg häufig über die Annahme einer „Regelungslücke“ genommen. Damit kann es (auch für Experten) zu überraschenden Falllösungen kommen, bei denen eine Strapazierung der juristischen Methoden zu einer (mit- unter Über-)Strapazierung des Gesetzestextes führt.

47 Diese zieht grundsätzlich auch gegenüber dem österreichischen Verfassungsrecht (vgl. etwa VfSlg 15277/1999).

48 Diese Harmonisierung verlangt „ein hohes Maß an phantasievoller und innovativer Rechtsanwendung“, siehe *Öhlinger/Potacs*, *Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht*³ (2006) 94 f.; i. d. S. auch *Hirsch* (FN 40) 857 f. Dabei kommt es insb. auf die Identifikation der maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen ergänzenden nationalen (insb. verfahrensrechtlichen) Normen und darauf an, aus diesen Regelungen insgesamt ein konsistentes an der effektiven Umsetzung des Gemeinschaftsrechts ausgerichtetes praktikables Lösungsschema zu entwickeln, um den Fall ins Gemeinschaftsrecht – und soweit noch Raum bleibt – ins nationale Recht einzupassen.

49 Eine Nichtentscheidung würde eine verbotene Rechtsverweigerung darstellen.

50 Auch dann, wenn man Behörden an eine strikte Handhabung von juristischen Argumentations- und Auslegungsmustern gebunden sieht (so insb. *Bernd Rütters* (FN 9)), besteht für die Harmonisierung ein durch die Ebenenpluralität ausgeweiteter Argumentationsspielraum.

nicht gesprochen werden⁵¹. Ferner verfehlt eine rechtswidrige Entscheidung die den verschiedenen Funktionen des Rechts⁵² unterliegende Grundfinalität, dass nämlich das Handeln des anderen berechenbar wird, sofern er sich an die (allgemein bekannten und verbindlichen) Rechtsnormen hält. Da eine von Beeinflussung und Willkür gestörte Rechtsanwendung nicht für sich in Anspruch nehmen kann, in Bindung an das Recht zu erfolgen, stellt die Unabhängigkeit der Rechtsanwendung eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsbindung dar⁵³. Die Bindung an das Recht ist zudem maßgeblich dafür, dass die Einzelfallentscheidung auf ihre Übereinstimmung mit dem Recht beurteilt werden kann und so kritikfähig bleibt. Die Bindungsfrage wird unter Juristen und Juristinnen insb. als Frage der juristischen Auslegungsmethoden thematisiert. In der jüngsten literarischen Kontroverse stellt sich *Bernd Rütters* (wie schon früher) gegen die in der deutschen Anwendungspraxis wichtige „objektive Methode“ der Auslegung, weil sie eine verschleiernde Abweichung von den Normen und deren Zwecken erlaube⁵⁴. Er prangert „Auslegungsakrobatiken“ an und ortet eine „verdeckte richterliche Normsetzung“, „Gesetzespositivismus“ werde durch „Richterpositivismus“ ersetzt⁵⁵. Der Richter sei aber nicht der „Obergesetzgeber“, nötig sei (im Ergebnis) eine strenge Bindung der Richter an den richtigen Methodengebrauch. *Günter Hirsch*⁵⁶ hält demgegenüber eine zeitgemäße und produktive Auslegung von Gesetzen für notwendig⁵⁷. Der „Richterstaat“ sei die notwendige „Konkretisierung des Rechtsstaats“,

51 Vielmehr wird eine solche Entscheidung – i. S. der das Rechtssystem aufreißenden Dichotomie von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (vgl. *Luhmann*, Das Recht als System (1993 insbesondere 36 ff., 165 ff.)) – rechtswidrig sein. Freilich genießen nach vielen Rechtsordnungen auch rechtswidrige Entscheidungen unter gewissen Voraussetzungen (etwa dass sie unbekämpft bleiben) rechtliche Bestandskraft (Rechtskraft).

52 Siehe etwa *Rütters*, Rechtstheorie (FN 9) Rz 72 ff.

53 Hierfür hat sich als institutionelles Modell bekanntlich die unabhängige Gerichtsbarkeit entwickelt, die zumindest kontrollierend tätig wird.

54 *Rütters* (FN 9), *ders.*, Geleugneter Rechtsstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, 2759.

55 Ferner erachtet er den „objektivierten“ Willen des Gesetzes als eine der richterlichen Machterweiterung nützliche Fiktion; damit werde das Gesetz nicht ausgelegt, sondern diesem ein Sinn eingelegt.

56 Vgl. den in FN 40 genannten Artikel sowie *ders.*, Zwischenruf. Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, 161.

57 „Ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, das Gewollte zutreffend zu formulieren, unterlag er Irrtümern oder Fehlvorstellungen oder hat der Alterungsprozess eines Gesetzes dazu geführt, dass es den aktuellen Wertvorstellungen oder den Bedürfnissen des heutigen Rechtsverkehrs nicht mehr entspricht, so eröffnet die objektive Theorie die Möglichkeit, vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen. Insoweit gilt das Wort Gustav Radruchs und des BVerfG, dass das Gesetz mitunter klüger sein kann als der Gesetzgeber.“, vgl. *Hirsch* (FN 40) 855.

Gesetzesanwendung verlange eine verfassungskonforme und schöpferische Rechtsfindung⁵⁸. Auch eine gewandelte Gesetzgebungskultur⁵⁹ und das Gemeinschaftsrecht⁶⁰ stellen den Richter in den Vordergrund. *Martin Kriele* wiederum tritt Rüthers mit dem Hinweis auf die argumentative Steuerung der Rechtsanwendung durch Präjudizien entgegen⁶¹. *Winfried Hassemer* hält eine strikte Bindung der Rechtsanwendung durch juristische Methoden(lehre) für nicht gangbar, vertraut aber auf die Bindung der Pragmatik der Rechtsanwendung durch entwickelte Rechtsdogmatik⁶². Diese Stoßrichtungen lassen für die Relation zwischen Gesetz und Rechtsanwendung zweifellos unterschiedlichen Konzepte erkennen, die auf der Heraushebung eines der genannten Gesichtspunkte bzw. Umstände basieren. Eine solche Gewichtung ist aber ebenso fragwürdig wie der letztlich nicht überzeugende Versuch, eine bindende Hierarchie der juristischen Auslegungsgesichtspunkte festzulegen⁶³. Vielmehr kommen diese Gesichtspunkte im Mehrebenensystem je nach konkretem Normkontext unterschiedlich zum Tragen. Eine gebundene Rechtsanwendung lässt sich von daher nur durch ein Bündel von einander funktional ergänzenden Elementen sicherstellen: Neben einer effektiven Rechtsschutzmöglichkeit bei einer Behörde auf einer höheren Entscheidungsebene als behördenexterner Kontrolle bedarf es jedenfalls auf höheren gerichtlichen Entscheidungsebenen einer kollegialen Entscheidungsfindung⁶⁴ als behördeninterner Kontrolle, ferner bedarf es eines Interpretationsansatzes, der text- und präjudizienorientiert sein Ziel nicht darin sucht oder in Kauf nimmt, dass die rechtlichen Vorgaben um neue interpretengeschaffene Prämissen ergänzt werden^{65,66}. Die

58 Ebendort (FN 57).

59 „Der heutige Gesetzgeber lässt – gewollt oder gezwungen – der Ausfüllung, Anpassung und Fortbildung seiner Gesetze“ durch fachlich kompetente Richter mehr Raum, siehe *Hirsch* (FN 40) 856 f.

60 „Das Einpassen der normativen Wirkungen des Gemeinschaftsakts in nationale Gegebenheiten und Besonderheiten, das der Gesetzgeber nicht leisten kann, obliegt der Auslegungskunst des Richters bei der Entscheidung des konkreten Falles...“, siehe *Hirsch* (FN 40) 857.

61 *Kriele* (FN 28).

62 *Hassemer* (FN 22).

63 Vgl. *Hassemer* (FN 22) insb. 216 f.

64 Erst ab einer Kollegiumsgröße von mindestens 3 Mitgliedern wird die erwartete deliberative Qualität der Entscheidung sichergestellt, weil erst dann eine von 2 Mitgliedern vertretene Ansicht nochmals – durch das dritte Mitglied – infrage gestellt und nochmals überlegt werden kann (die römische Regel *tres faciunt collegium* erscheint insofern einsichtig).

65 Beispiele für die Quellen solcher eingeführten Prämissen finden sich etwa bei *Rüthers* (FN 8) 48.

66 Zu diesem Ansatz zählt auch, dass (analog gedacht zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) eine Auslegung, die nur bei Anstellen schwieriger Überlegungen als mit dem Normtext vereinbar

Rechtsbindung wird damit nicht durch Beachtung bloß einer oder weniger Regeln, sondern durch ein institutionelles Konzept⁶⁷ sichergestellt.

10. Schlussbemerkung

Wie *Adolf Julius Merkl* und *Hans Kelsen* herausgearbeitet haben, kommt eine Norminterpretation dynamisch im Wege des Zusammenwirkens von heteronomer "Erkenntnisfunktion" und autonomer schöpferischer „Willensfunktion“ des rechtsanwendenden Organs⁶⁸ zustande. Gemessen am Vorgesagten ist allerdings auch der autonome Bereich keine *tabula rasa*, die vom Interpreten in freiem Ermessen auffüllbar wäre. Auch hier muss er von den Vorgaben – insb. der bisherigen Anwendungspraxis – ausgehen und kann davon nur mit besonderer Rechtfertigung abweichen. Zudem kann die gefundene Auslegung vom Gesetzgeber durch eine Änderung des generellen Rechts für künftige Fälle „overruled“ werden⁶⁹. Die Rede vom Richter als „Obergesetzgeber“ wirkt daher übertrieben⁷⁰.

angesehen werden kann, nur durch entsprechend gewichtige Gründe gerechtfertigt werden kann.

67 Dieses Konzept gründet – wie dargestellt – („bloß“) auf pragmatischen Überlegungen.

68 Die erste beschränkt sich auf die Beschreibung der intersubjektiv (ohne zusätzliche Wertung) erfassbaren Normelemente, die zweite stellt heraus, dass keine Norm bloßer Erkenntnisakt, sondern auch Willensakt des Anwenders ist, dem die Ausfüllung der Norm im Übrigen obliegt, vgl. dazu *Handstanger* (FN 22) 622f., m. w. H.).

69 Insofern kommt in einem System westlich europäisch-amerikanischer Verfassungstradition weder der generellen Rechtsetzung (dem Parlament) noch der Rechtsanwendung im Einzelfall (den Gerichten) das „letzte Wort“ zu.

70 Weiterführend dazu *Düttmann*, Philosophie der Übertreibung, 2004.