

Das „Hin- und Herwandern des Blickes“ (Über die Natur der Gesetzesanwendung)

Marijan Pavcnik

Pravna fakulteta (Juristische Fakultät), Poljanski nasip 2, SLO-1000 Ljubljana
Marijan.Pavcnik@pf.uni-lj.si

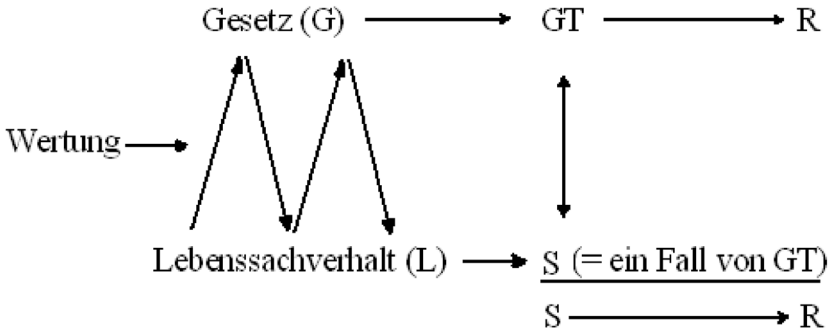
Schlagworte: Gesetzesanwendung, „Hin- und Herwandern des Blickes“ (Engisch), Grundformen der juristischen Argumentation, Subsumtion, Abwägung, Vergleich, Rechtsentscheidung, wertende Synthese

Abstract: Die Rechtsentscheidung ist eine wertende Synthese, die den Lebenssachverhalt im Hinblick auf den normativen Ausgangspunkt bewertet und den normativen Ausgangspunkt im Hinblick auf den Lebenssachverhalt bedeutungsmäßig bestimmt. Das Ergebnis der Synthese sind der rechtserhebliche (endgültige) Sachverhalt und der gesetzliche Tatbestand, die aufs Engste übereinstimmen. Ihre Verbindung ist noch keine Gleichsetzung. Eine Gleichsetzung wird erst möglich, wenn die Entscheidung de facto bereits erreicht ist und wenn sie nur noch in eine Subsumtionsformel, in einen logisch notwendigen, zwingenden und unvermeidlichen Schluss geführt werden muss. Die Verbindung zwischen dem Faktischen und dem Normativen kann nicht im Hin- und Herspringen zwischen den beiden Ebenen bestehen, die Verbindung muss einen inhaltlichen Leitfaden haben. Sie soll auf einem Maßstab beruhen, der dem Rechtsphänomen angepasst und dessen Bestandteil ist. Die Grundformen der juristischen Argumentation sind die Subsumtion, die Abwägung und der Vergleich. Die Zentralfrage ist, wie diese Formen miteinander verbunden sind.

1. Einleitung

Der gesetzliche Tatbestand und der rechtserhebliche (endgültige) Sachverhalt sind das Ergebnis der Gesetzesauslegung und der Bewertung des Lebenssachverhalts, welcher der tatsächliche Ausgangspunkt der Entscheidung ist. Weder der gesetzliche Tatbestand noch der Sachverhalt beruhen bloß auf dem Gesetz (im Falle des gesetzlichen Tatbestandes) oder auf dem Geschehenen (im Falle des Sachverhalts). Sie sind vielmehr das Ergebnis der wechselseitigen Bewertung – des Normativen im Hinblick auf das Faktische und des Faktischen im Hinblick auf das Normative. Die Schlüssel-

frage besteht darin, wie man den Weg vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung überprüfen und ihm einen Sinn geben kann. Dabei werden der gesetzliche Tatbestand und der rechtserhebliche Sachverhalt gebildet.



Die Zeichen bedeuten: G = Gesetz; L = Lebenssachverhalt; GT = gesetzlicher Tatbestand (z. B. Beleidigung oder genauer Merkmale der Beleidigung); S = endgültiger (rechtserheblicher) Sachverhalt (A gibt B eine Ohrfeige – eine Handlung, die den Merkmalen der Beleidigung entspricht); R = Rechtsfolge (z. B. Geldstrafe). – Vgl. *Karl Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. Aufl. Berlin etc. 1983, 261.

Abb. 1: Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung

Geht es um die *Gleichsetzung* des normativen und des tatsächlichen Ausgangspunktes der Entscheidung? Geht es um einen Schluss *über die typische Norm zum Fall*, der die beiden Ebenen verbindet? Geht es um das Vorverständnis, das die Verbindung ermöglicht? Geht es um die *Natur der Sache*, die als *tertium comparationis* besagt, wann und wo das Normative und das Faktische tatsächlich übereinstimmen? Geht es um ein Element der „*freien Rechtsfindung*“ oder sogar um das Rechtsgefühl, das die bedeutungsmäßig offenen Prämissen auffüllt? Geht es um eine *wertende Synthese*, die eine zwangsläufige Begleiterin der Rechtsentscheidung ist? Diese Fragen überschneiden einander bis zu einem bestimmten Maß. Mitunter hängen die Unterschiede mehr von der Akzentsetzung als vom Inhalt ab. Unterschiede gibt es zwar in Nuancen. Sie sind aber dennoch nicht unwichtig. Von ihnen hängt es schließlich ab, ob man es mit einer Rechtsentscheidung zu tun hat, die das Ergebnis einer bloßen „Rechtsanwendung“ ist, oder mit einer Rechtsentscheidung, die von einem verantwortungsbewusst handelnden Juristen getroffen wurde.

2. Die Rechtsentscheidung als wertende Synthese

Die Analyse zeigt, dass die Rechtsentscheidung eine wertende Synthese ist.¹ Das Ergebnis der Synthese sind der rechtserhebliche (endgültige) Sachverhalt und der gesetzliche Tatbestand, die aufs Engste übereinstimmen. Ihre Verbindung ist noch keine Gleichsetzung. Eine *Gleichsetzung* wird erst möglich, wenn die Entscheidung *de facto* bereits erreicht ist und wenn sie nur noch in eine Subsumtionsformel, in einen logisch notwendigen, zwingenden und unvermeidlichen Schluss geführt werden muss. Die Verbindung zwischen dem Faktischen und dem Normativen kann nicht im Hin- und Herspringen zwischen den beiden Ebenen bestehen, die Verbindung muss einen inhaltlichen Leitfaden haben. Sie soll auf einem Maßstab beruhen, der dem Rechtsphänomen angepasst und dessen Bestandteil ist.

Das zweistufige „Hin- und Herwandern des Blickes“ mündet in den Kreislauf des Entscheidens über ein Verbindungsglied; und zwar über die *Normhypothese*, die nur mit den Lebenssachverhalten in unmittelbarer Verbindung steht und erst nach ihrer Aufstellung mit jenen Rechtsvorschriften verbunden wird, aus welchen die Hypothese bestätigt oder widerlegt werden soll. Das inhaltlich leere Springen zwischen dem Faktischen und dem Normativen ist dann durchschnitten, ohne dass die Pole des Entscheidens

1 Siehe *Marijan Pavcnik*: Juristisches Verstehen und Entscheiden. Wien, New York 1993, wo die einzelnen Theorien näher analysiert sind (77 ff.). Der Ausdruck „Hin- und Herwandern des Blickes“ stammt von *Karl Engisch*: Logische Studien zur Gesetzesanwendung. 3. Aufl. Heidelberg 1963, 15: „Sieht man aber näher zu, so handelt es sich nur um eine ständige Wechselwirkung, ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt . . .“ Von demselben Verfasser siehe auch: Einführung in das juristische Denken. 10. Aufl. (Hrsg. und bearbeitet von *Thomas Würtenberger* und *Dirk Otto*). Stuttgart, Berlin, Köln 2005. Die Theorie über *das zweistufige „Hin- und Herwandern des Blickes“* vertritt *Martin Kriele*: Theorie der Rechtsgewinnung. 2. Aufl. Berlin 1976. Die *Struktur des „Wanderns“* zwischen dem Normativen und dem Faktischen ist tief von *Müllers* Juristischer Methodik erörtert. Siehe *Friedrich Müller, Ralph Christensen*: Juristische Methodik I. 9. Aufl. Berlin 2004. Die *Theorie der Fallnorm* entwickelte *Wolfgang Fikentscher*: Methoden des Rechts. IV. Tübingen 1977. Das *Erkennen als Grundlage der Rechtsentscheidung* wurde von *Boris Furlan* eingeführt. Siehe *Teorija pravnege sklepanja* (Theorie der rechtlichen Folgerung), in: *Zbornik znanstvenih razprav* (Ljubljana), 10 (1933–34), 29–53. Nachdruck in: *Boris Furlan*: Problem realnosti prava (Problem der Rechtsrealität). Hrsg. von *Marijan Pavcnik*. Ljubljana 2002, 145–166. Die „*Natur der Sache*“ als ein „*tertium comparationis*“ hat *Arthur Kaufmann* konzipiert. Siehe: *Analogie und „Natur der Sache“*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. 2. Aufl. Heidelberg 1982 und *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine Rationale Analyse*. München 1999. Über *tertium comparationis* vgl. auch *Friedrich Lachmayer*: Das tertium comparationis im Recht. Variationen zu einem Thema von *Arthur Kaufmann*, in: *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Hrsg. von *Ulfried Neumann, Winfried Hassemer, Ulrich Schroth*. Stuttgart 2005, 67–77.

auch unmittelbar gegeneinander offen wären. Bei einem solchen Ausgangspunkt besteht die Gefahr, dass die Normhypothese entweder zu einer Überwertung der Bedeutung des Faktischen oder der Rolle des begrifflich strukturierten Normsystems führt. Beide Abweichungen bedeuten, dass in den Prozess der normativen Konkretisierung Elemente der „normfreien Entscheidung“ einfließen, wenn die Rechtsentscheidung vorwiegend aus dem Faktischen erwächst, bzw. im Sinn der „Begriffsjurisprudenz“, wenn es sich um eine Selbstgenügsamkeit des normativen Systems handelt.

Die *typische Norm* und der *typische Fall* helfen diese Gefahr zu vermeiden. Sie verkörpern das Typische, den Typus, der das Normative und das Faktische zu einer neuen Einheit von faktischer Normativität oder normativer Faktizität verbindet. Auf diese Tradition baut die *Fallnormtheorie* auf. Diese übersieht jedoch, dass die Norm als Maßstab für konkrete Fälle nicht erschöpfend sein kann. Die typische Norm und der typische Fall stehen trotz der normativen Faktizität über der Einmaligkeit und der Unwiederholbarkeit des Lebenssachverhalts, der immer vielfältiger und reichhaltiger ist als der Typus, der auf der Ebene der faktischen Normativität zum Ausdruck kommt. Offensichtlich ist der Abstand zwischen dem Normativen und dem Faktischen immer so groß, dass erst durch einen produktiven Akt des Menschen, durch eine auf einem entsprechenden *tertium comparationis* beruhende *wertende Synthese* überbrückt werden kann.

Der Abstand kann größer oder kleiner sein.² Auf der normativen Ebene beherrschen ihn allgemeine Grundsätze bzw Rechtsprinzipien, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe . . . bis zu eindeutigen Zeichen (Zahlen), die in den Rechtsnormen selten sind. Auf der faktischen Ebene wird er von den Lebenssachverhalten beherrscht, die mehr oder weniger komplex, zusammengesetzt und inhaltlich vielfältig sein können, die jedoch immer einmalig und historisch unwiederholbar sind. Sei der Lebenssachverhalt auch noch so wenig anspruchsvoll und seien die Sprachzeichen auch noch so bestimmt, man muss immer feststellen, welche Gruppe der Rechtsvorschriften mit einem Lebenssachverhalt am engsten verbunden ist und ob der Lebenssachverhalt bzw die Gruppe der Rechtsvorschriften schon den rechtserheblichen (endgültigen) Sachverhalt bzw. den gesetzlichen Tatbestand darstellen. Dieses Gleichsetzen des Lebenssachverhalts und des gesetzlichen Tatbestandes ist *nicht (nur) reproduktiv*, es enthält immer auch Elemente des Produktiven. Wie bereits erwähnt besteht das Produktive allein schon darin, dass man den Lebenssachverhalt als den rechts-

² Vgl. Philipp Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, in: Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts. Hrsg von Josef Esser. Berlin, Zürich 1968, 175–176.

erheblichen (endgültigen) Sachverhalt und die Gruppe der Rechtsvorschriften als den gesetzlichen Tatbestand identifiziert. Sobald man sie identifiziert, bedeutet das, dass man sie auch miteinander verbunden und andere Möglichkeiten ausgeschlossen hat. Die Wahl der Möglichkeit im konkreten Fall hängt von der Wertung des Lebenssachverhalts und der Rechtsvorschriften ab. Diese Wertung, gestellt in einen rechtlichen Rahmen, sollte innerhalb dieser Grenzen auch begründet, vernünftig und wertüberzeugend sein.

3. Ein Exkurs: Grundformen der juristischen Argumentation

Die Natur der Gesetzesanwendung und des Entscheidens in konkreten Fällen wirft auch die Frage auf, ob es eine Grundform der juristischen Argumentation gibt. Beim IVR-Kongress in Krakau (August 2007) stellte sich *Alexy* die Frage, ob neben der Subsumtionsformel noch eine oder zwei Formeln als Grundformen der Argumentation vorhanden sind. *Alexy* sprach über die Abwägungs- und Vergleichformeln, die zusammen mit der Subsumtionsformel die Grundformen der juristischen Argumentation darstellen.³

Engisch „Hin- und Herwandern des Blickes“ ist holistisch ausgerichtet und versucht, das Ganze zu erfassen. Das ist auch die Richtung anderer im Beitrag der erwähnten Überlegungen. *Engisch* Ausgangsidee entfernt sich rasch von einer vorgegebenen mechanischen Rechtsanwendung und spricht richtig von einer Anwendung des Gesetzes, das man zunächst verstehen und erst daraufhin den Tatbestand mit der Rechtsfolge daraus herausarbeiten muss. *Mutatis mutandis* gilt das auch für den Lebensfall, aus dem man den Sachverhalt herausarbeitet. Ein besonderes Gespür für derartige Fragen weisen *Müllers* „Strukturierende Rechtslehre“ und *Fikentschers* „Fallnormtheorie“ auf.

Es liegt in der Natur des wertenden Wanderns zwischen dem Normativen und dem Faktischen, dass die Grundformen der juristischen Argumentation die *Subsumtion*, die *wertende Abwägung* und der *Vergleich* sind. Alle

3 Siehe *Robert Alexy*: Two or Three?, in: Special Workshops. Abstracts. IVR Congress in Kraków 2007, 280. Siehe besonders: On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: *Ratio Juris*, 16 (2003) 4, 433–449 und Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in: *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Hrsg von *Ulfrid Neumann, Winfried Hassemer, Ulrich Schroth*. Stuttgart 2005, 47–66.

drei Formen sind bedeutend und miteinander verbunden. Es fehlt jegliche Begründung, einer davon eine größere (oder kleinere) Bedeutung zuzuschreiben. Nur in konkreten Fällen kann es vorkommen, dass einer Form mehr Betonung verliehen wird.

In sehr einfachen Fällen (z.B. zu schnelles Fahren im Ortsbereich), liegt der Schwerpunkt auf der Subsumtion, während die wertende Abwägung und der Vergleich wesentlich weniger aktiv sind. Auf ihre eigene Weise stehen sie im Schatten und warten darauf, dass der einfache Fall des schnellen Fahrens eine Schattierung bekäme, die aus einem leichten Fall einen schweren machen würde (z. B. zu schnelles Fahren in Notwehr oder in Notstand).

Wenn die Subsumtion nicht durch Abwägung und Vergleich begleitet wird, läuft man Gefahr, automatisch zu handeln. Die Voraussetzung eines hochwertigen Rechtsentscheidens ist eine kritische Reflexion, die jedoch nicht vorhanden ist, wenn man nicht überdenkt, ob die obere und die untere Prämisse, die die Rechtsentscheidung ermöglichen, gut ausgeformt sind. Die Abwägung und der Vergleich tragen dazu bei, dass die Bestandteile des syllogistischen Schlusses umsichtig gewählt und inhaltlich überzeugend sind.

Es gibt auch Fälle, bei denen die übrigen zwei Formen der juristischen Argumentation sichtbarer als die Subsumtion sind. So tritt die Abwägung hervor, wenn man vor einem Konflikt von zwei subjektiven Rechten steht, von denen eines stärker (bedeutender) ist und deshalb das andere (weniger wichtige) dem Recht Platz machen muss, das *in concreto* juristisch bedeutender ist (z. B. der Vorrang des Rechts auf Resozialisierung vor der Freiheit der Berichterstattung im Fall *Lebach*⁴). Dasselbe gilt für den Vergleich. Dieser ist intensiver als eine oder beide anderen Formen der Argumentation in Fällen, die sich ausdrücklich in der Domäne des Richterrechts befinden (z. B. bei verschiedenen Arten der rechtlich zuerkannten Schäden im Schadensrecht).

Wesentlich ist es, dass alle drei Formen zu einer hochwertigen Rechtsentscheidung beitragen können, wenn sie entsprechend berücksichtigt und miteinander verbunden werden. Der *juristische Syllogismus* bietet den Rahmen, in den beide Prämissen eingeordnet werden.⁵ Die untere Prämisse bezieht sich auf den tatsächlichen Ausgangspunkt des Entscheidens, während es in der Natur der oberen liegt, dass sie eine allgemeine und abstrakte Rechtsnorm enthält, die konkrete Sachverhalte gleich und unparteilich

4 Siehe BverfGE 35, 202.

5 Siehe *Pavcnik* 1993 (FN 1), 95 ff., 103–104.

behandelt. Die syllogistische Form ist der rationale Rahmen, der ein arbiträres Handeln verhindert: Der Rahmen zwingt einen, innerhalb des konkreten und des normativen Ausgangspunkts zu bleiben und in diesem Rahmen alle jene konkreten Fälle, die in Bezug auf das Gesetz dieselben gemeinsamen Merkmale enthalten, gleich zu behandeln.

Der rationale Rahmen, innerhalb dessen man sich entscheidet, ist bedeutungsmäßig offen und verlangt, dass man ihn bewertet. Es handelt sich um eine *wertende Abwägung*, die sich auf Rechtsprinzipien und überhaupt auf rechtlich relevante Rechtswerte stützt. Die wertende Abwägung ist am stärksten bei einem Konflikt von sich ausschließenden oder proportionalen subjektiven Rechten ausgeprägt, sehr empfindlich und wichtig ist sie auch bei zahlreichen anderen Fällen (z. B. bei der Auswahl eines von mehreren Klageansprüchen). Auch wenn die Gesetzesnormen und konkrete Fälle noch so einfach sind, gibt es zwischen ihnen eine wertende Verbindung; die Verbindung sagt wenigstens aus, dass andere Ableitungen nicht infrage kommen. Wenn die beiden Ausgangspunkte der Rechtsentscheidung oder wenigstens einer davon bedeutungsmäßig porös ist, wird die wertende Abwägung noch stärker betont.

Der Umstand, dass der normative und der faktische Ausgangspunkt des Entscheidens ihrer Natur nach unterschiedlich sind – der Erstere ist begrifflich normativ, der Letztere ist gegenständlich real – verlangt, dass man sie bedeutungsmäßig verbindet. Die Verbindung zwischen den beiden Ebenen ist erst dann möglich, wenn man die gegenständliche Realität begrifflich definiert und sie dadurch in die Sprache des normativen Phänomens übersetzt. *Furlan* und *Kaufmann* stellen überzeugend fest, dass diese „Übersetzung“ und „Verbegrifflichung“ die Merkmale eines Analogieschlusses aufweisen.⁶ Es handelt sich um eine erkannte Gesetzmäßigkeit, die besonders wertvoll für alle jene Rechtsgebiete (z. B. Strafrecht) ist, die relativ bestimmt geregelt sein müssen (*lex certa*⁷).

Das ist ein weiterer Grund dafür, dass auch der über die Fälle verlaufende Vergleich eine tragende Form der juristischen Argumentation ist. Immer braucht man einen breiteren allgemeinen und abstrakten (sog. typischen) Fall und einen konkreten Fall (Sachverhalt), der als begrifflich enger den typischen Fall auf der konkreten Ebene konkretisiert (z. B. so, dass man eine Wegnahme von Geld als Wegnahme einer beweglichen Sache erkennt). Im Idealfall sind die tragenden Fälle bereits im Gesetz entsprechend

6 Siehe auch *Francesco Romeo*: Analogie. Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht. Ebelsbach 1991, 110 ff.

7 Siehe auch *Bernd Schünemann*: Nulla poena sine lege? Berlin, New York 1978, 17 ff.

beschrieben. Wenn das nicht geschehen ist oder wegen der Natur der rechtlichen Normierung nicht hat geschehen können, ist es die Aufgabe der gerichtlichen (juristischen) Praxis, diese Typisierung bis zum Schluss durchzuführen⁸ und sie durchgehend zu erneuern, zu ergänzen, nach Bedarf zu ändern und fortzubilden. Der Rahmen, in dem das geschieht, ist ein wertendes Hin- und Herwandern zwischen dem Normativen und dem Faktischen, zwischen dem Faktischen und dem Normativen. *Engisch'* Verdienst ist es, dass er die Richtung vorgezeichnet hat, die man weiterverfolgen und in der man Antworten suchen sollte.

8 Siehe *Kaufmann* 1982 (FN 1), 44 ff. und 1999 (FN 1), 2, 26, 35, 78 und 85–86. Siehe auch *Lothar Philipps*: „Wenn m von n Merkmalen erfüllt sind . . .“ Eine typologische Verknüpfungsform im Gesetzestatbestand, in: *Slovenian Law Review*, 1 (2004) 1–2, 109–120.