

NORMATIVE KONKRETISIERUNG DES GESETZES

Marijan Pavčnik

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

Schlagnote: *Juristische Methodenlehre, normative Konkretisierung des Gesetzes, Sachverhalt, Tatbestand, Kreativität der Rechtsentscheidung, wertende Synthese, Ganzheitlichkeit der Rechtsentscheidung*

Abstract: *Der Wert der Argumentationstheorie liegt darin, dass sie sich der Ganzheitlichkeit der Rechtsentscheidung bewusst ist, dass sie diese analysiert und beleuchtet. Die Rechtsentscheidung ist ein produktiver Akt, der eine Antwort auf die Frage verlangt, wie man zwischen dem Normativen und dem Faktischen schließt; ein Akt, der eine Erklärung dafür fordert, wie man den gesetzlichen Tatbestand und den Sachverhalt gebildet hat, und der nach einer Begründung dafür verlangt, warum man beide miteinander verbunden hat.*

1. Einleitung*

Die Theorie der normativen Konkretisierung des Gesetzes (oder eines anderen allgemeinen Rechtsakts)¹ sieht im Verfahren der Rechtsentscheidung in konkreten Fällen ein geschichtliches Ereignis mit bestimmten zeitlichen und räumlichen Koordinaten. Die Rechtsentscheidung ist immer eine *wertende Synthese*. Sie schafft aus dem normativen Ansatz den gesetzlichen Tatbestand und bildet aufgrund der tatsächlichen Entscheidungsvoraussetzung den endgültigen Sachverhalt, der mit dem gesetzlichen Tatbestand zusammenstimmt. Die Kreativität der Rechtsentscheidung hängt davon ab, in welchem Maß der normative Ansatz und der komplexe Lebenssachverhalt mehrdeutig sind. Demgemäß kann die Rechtsentscheidung kreativ sein oder hemmend und einfalllos wirken, insoweit durch sie entweder ein gesetzlicher Tatbestand und ein endgültiger Sachverhalt gebildet wird, die untypisch sind und die zu den ausgebildeten Typen und Standards des Handelns in einem Gegensatz stehen.

In diesen «produktiven» Raum tritt die juristische Argumentation², das sowohl den juristischen Dezinismus als auch den juristischen Determinismus ablehnt; den ersteren, weil dieser das Gesetz ignoriert und die Bedeutung des Lebenssachverhalts verabsolutisiert (die Rechtsentscheidung ist für ihn ein reiner Willensakt), den letzteren, weil die Bedeutung des Gesetzes verabsolutisiert und die Bedeutung des Lebenssachverhalts als den tatsächlichen Ausgang der Entscheidung vernachlässigt (für ihn ist die einzig richtige Rechtsentscheidung bereits vollständig im Gesetz vorgegeben). Die juristische Argumentation bzw. die normative Konkretisierung des Gesetzes nimmt eine Zwischenposition ein. Nach ihr ist die Rechtsentscheidung weder eine reine «Rechtsanwendung» noch Willkür des Anwenders (des Richters), sondern eine Entscheidung, die trotz einer stärkeren oder geringeren inhaltlichen Offenheit des Gesetzes und des Lebenssachverhaltes rational begründbar ist.³

* Der Beitrag basiert teilweise auf dem Aufsatz, der in der Festschrift *Rechtsstaatliches Strafrecht* für Professor Ulfrid Neumann (Heidelberg 2017) erschienen ist.

¹ Vgl. FRIEDRICH MÜLLER, RALF CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Band I, 11. Aufl., Berlin 2013, die die Ausdrücke «Konkretisierung (Normkonstruktion) statt Auslegung» und «Normkonkretisierung» gebrauchen (S. 181 ff.).

² Siehe ULFRID NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, S. 1 ff., und NEIL MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, S. 265 ff.

³ Über die Kreativität der juristischen Argumentation siehe z. B. CHAÏM PERELMAN, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles 1970, CHAÏM PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris 1976, HANS-JOACHIM KOCH, HELMUT RÜSSMANN, *Juristische Be-*

2. Einige theoretisch-praktische Konsequenzen der Theorie der normativen Konkretisierung des Gesetzes

Die Theorie der normativen Konkretisierung des Gesetzes hat mehrere theoretisch-praktische Konsequenzen. Die wichtigsten Konsequenzen sind insbesondere folgende:

2.1. Die normative Konkretisierung des Gesetzes statt des Stufenbaus des Rechts

Es geht um den schöpferischen Überbau der Stufentheorie und um ihre Einsetzung in die Rechtswirklichkeit. Was die Rechtsentscheidung in den konkreten Fällen angeht, bedeutet das, dass das Recht nicht schlechthin vorgegeben ist. Vorgegeben sind nur die Elemente, in einem größeren oder feineren «Rohzustand», aus denen die Entscheidung erst erarbeitet und errungen werden muss.⁴ Das bedeutet, dass die Rechtsentscheidung weder ein Ergebnis bloß des Gesetzesrechts noch des Richterrechts ist; weder eines Interessenkonflikts noch eines begrifflich geschärften normativen Systems; weder der Behandlung am Fall noch der normativen Betrachtungsweise; weder des Problem Denkens noch des System Denkens. Die Rechtsentscheidung ist eine, wie schon gesagt wurde, *wertende Synthese*. Durch sie wird der Lebenssachverhalt (Interessenkonflikt) im Lichte des Gesetzes bewertet und die Rechtsquelle im Hinblick auf den Interessenkonflikt gedeutet. Diese Deutung bzw. Auslegung ist zugleich problembezogen und in das Rechtssystem eingebettet. Sie stützt sich auf Präjudizien (typische Fälle) und auf die darin eingeschlossenen Topoi, um aus dem Lebenssachverhalt den rechtserheblichen Sachverhalt und aus dem Gesetz den gesetzlichen Tatbestand zu gewinnen.

2.2. Die Bedeutung der Lebenssachverhalte

Ausgangspunkt der Tätigkeit der Juristen ist ein komplexer Lebenssachverhalt, der rechtlich bewertet werden soll. Ausgangspunkt ist ein sogenannter Fall, wenn etwa A mit einem Buch B an die Wange schlägt, so dass B auf den Boden fällt. Von den Umständen, unter denen der Schlag stattfand, von dessen Intensität und von den Folgen am Körper des B, von der Größe des Buches und von der Schlagstelle hängt es ab, welche der Lebenssachverhaltselemente und in welchem Sinne sie Elemente des rechtserheblichen Sachverhaltes sind. Offen ist vor allem, wie der Schlag und die Verwendung des Buches, das ein gefährliches Werkzeug sein könnte, qualifiziert werden: als eine leichte Körperverletzung oder als eine Beleidigung. Dazu kommen noch die Fragen, was vom Begriff «Beleidigung» umfasst wird, was die Dimensionen einer «leichten» Körperverletzung sind, wie ein «gefährliches Werkzeug, mit dem ein Körper schwer verletzt werden kann», definiert wird?

Das bedeutet, dass der *Lebenssachverhalt* nur der tatsächliche Ausgangspunkt der Rechtsentscheidung oder der sogenannte (erhebliche) *Sachverhalt in statu nascendi*⁵ ist. Den Sachverhalt gewinnt man aus der Bewertung jener Tatsachen, die den Lebenssachverhalt bilden. Der rechtserhebliche Sachverhalt wird nur aus jenen Tatsachen des Lebenssachverhalts gebildet, die mit den Elementen des gesetzlichen Tatbestandes überein-

gründungslehre, München 1982, KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin etc. 1983, ROBERT ALEXI, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main 1983, ALEXANDER PECZENIK, Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien, New York 1983, RONALD DWORKIN, Law's Empire, London 1986, FRANZ BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien, New York 1991, KARL ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. (hrsg. und bearbeitet von Thomas Würtenberger und Dirk Otto), Stuttgart etc. 1997, PETER KOLLER, Theorie des Rechts. Eine Einführung, 2. Aufl., Wien, Köln, WEIMAR 1997, S. 185–252, ARTHUR KAUFMANN, Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse, München 1999, AHARON BARAK, The judge in a democracy, Princeton, Oxford 2006, MULLER, CHRISTENSEN (Fn. 1), BERND RÜTHERS, CHRISTIAN FISCHER, AXEL BIRK, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl., München 2015 and ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., München, Wien, Bern 2019. Über die Klippen und Gefährlichkeiten der juristischen Argumentation siehe BERND RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., Heidelberg 1997.

⁴ KARL LARENZ (Fn. 3), S. 267, und KARL LARENZ, CLAUS WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin etc. 1995, S. 100.

⁵ JOACHIM HRUSCHKA, Die Konstitution des Rechtsfalles, Berlin 1965, S. 12.

stimmen. Der *Sachverhalt* umschließt also nur jene Tatsachen, die auf der konkreten Ebene Gegenstücke zu den Elementen des gesetzlichen Tatbestands sind.

Zum Schluss dieses Problempunktes kann man sagen, dass die Lebenssachverhalte in der gesellschaftlichen Wirklichkeit in einem ständigen Entstehen und Gewordensein sind, ohne dass auch zwei von ihnen vollständig übereinstimmen und identisch wären. Die Lebenssachverhalte sind immer reicher als die Modelle der Tatbestände, die die Gesetze mitteilen.

2.3. Die Auslegung als (Re)konstruktion der Rechtsnorm

Es ist eine Frage der Konvention, ob man jedes Verstehen des Gesetzes als seine Auslegung bezeichnet oder ob dieser Begriff nur angewendet wird, wenn man die Bedeutung eines oder mehrerer Sprachzeichen in einem besonderen Auslegungsverfahren bestimmt. Von Bedeutung ist hingegen, ob die Auslegung des Gesetzes nur eine Rekonstruktion des ihm innewohnenden Gedankens ist, wie Karl Friedrich von Savigny sagen würde⁶, die dann in einem konkreten Fall angewendet wird. Im Prozess der normativen Konkretisierung des Gesetzes wird der Typus des Handelns unter Berücksichtigung eines bereits bestehenden Lebenssachverhalts bestimmt, der als solcher einmalig und geschichtlich unwiederholbar ist. Die Einmaligkeit und die Unwiederholbarkeit des Lebenssachverhalts stehen den Typen, den Formen und Modellen des Handelns gegenüber, die vom Gesetzgeber durch das Gesetz mitgeteilt werden. Die sprachliche Beschreibung eines Handlungstypus im Gesetz ist gewollt inhaltlich offen. Die inhaltliche Offenheit ist nicht nur eine Folge der Sprache, die den Mehrdeutigkeiten nicht ausweichen kann, sondern gehört auch zum Wesen des modernen Rechtes, dass auf der Gesetzesebene immer allgemein und abstrakt ist. Durch typische Merkmale gleicht das Gesetz gedachte Fälle einander an und setzt als gleich voraus (z. B. als Beleidigung), was in der Wirklichkeit durch einmalige und unwiederholbare Taten auftritt.

Die einander gegenüberstehenden Pole fordern eine Rechtsentscheidung (Synthese) heraus. Dabei sind sie einerseits nicht aus sich selbst definierbar und können sich andererseits nicht gänzlich aneinander anlehnen, da sie beide wenigstens in einem bestimmten Maß bedeutungsmäßig offen sind. Die Auslegung eines Gesetzes ist daher auch eine wertende Konstruktion, eine endgültige Gestaltung des «Gedankens»⁷, der in eine Rechtsentscheidung münden soll. So gesehen, ist die Auslegung nicht die Feststellung des Inhalts, von Sinn und Zweck der Rechtsnorm, die schon vollständig und im Voraus im Gesetz enthalten wären. Die Rechtsnorm ist erst das Ergebnis der Auslegung. Sie ist eine Frucht des Verstehens des Gesetzes durch den Auslegungsprozess, durch den die vom Gesetzgeber mitgeteilte Rechtsnorm konstruiert und rekonstruiert wird.

Im Kontext der normativen Konkretisierung eines Gesetzes ist das «Gesetz» nicht ein Synonym für «Recht», das man in Bezug auf den konkreten Fall wiederholen könnte. In einem konkreten Kontext ist es immer erst der Ausleger, 1. der die Möglichkeiten im Gesetz «rekonstruiert», 2. der diese Möglichkeiten inhaltlich präzisiert (wenn sie im Gesetz unbestimmt sind) und 3. der eine Kombination wählt, die am ehesten mit den rechtlich relevanten Merkmalen eines Lebenssachverhalts übereinstimmt.

Die Produktivität des Auslegers besteht also zumindest darin, dass er ein Gefüge von Rechtsvorschriften bzw. eine Rechtsvorschrift als einen Typus des Handelns erkennt (z. B. als das Fahren mit zu großer Geschwindigkeit durch eine Siedlung, das mit einer Geldstrafe verbunden ist). Wenn der Ausleger den Typus als solchen gewählt und bewertet hat, dann bedeutet das, dass er ihn vom Inhalt her als den passendsten erachtet und mit den Merkmalen des Lebenssachverhalts in Verbindung gebracht hat. Der Ausleger entscheidet sich dafür und schließt dabei die Möglichkeit aus, dass es sich um einen anderen rechtlichen Typus handeln könnte (z. B. das Fahren mit zu großer Geschwindigkeit aus Notwehr oder im Notstand).

⁶ Siehe FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, Berlin 1840, S. 214.

⁷ Vgl. GUSTAV RADBRUCH, Rechtsphilosophie. Studienausgabe. Hrsg. Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, Heidelberg 1999, S. 108: »So ist die juristische Auslegung nicht Nachdenken eines Vorgeordneten, sondern Zuendendenken eines Gedachten.«

2.4. «Hin- und Herwandern des Blickes» (Engisch⁸): zwischen dem Normativen und dem Faktischen, zwischen dem Faktischen und dem Normativen

Für die Theorie der normativen Konkretisierung eines Gesetzes sind der gesetzliche Tatbestand und der endgültige Sachverhalt das Ergebnis beiderseitigen Wertungen – des Normativen im Hinblick auf das Faktische und des Faktischen im Hinblick auf das Normative. Die Schlüsselfrage besteht darin, wie man diesen Weg sinnvoll beschreiten und überprüfen kann. Handelt es sich um eine Gleichsetzung des normativen und des tatsächlichen Ausgangs der Entscheidung? Geht es um den Schluss über die typische Norm (Fall), die beide Ebenen miteinander verbindet? Geht es um das Vorverständnis, das die Verbindung ermöglicht? Geht es um die Natur der Sache, die als *Tertium comparationis* darüber Auskunft gibt, wann und wo das Normative mit dem Faktischen übereinstimmt? Geht es um das Element der «freien Rechtsfindung» oder sogar um das Rechtsgefühl, durch welches die inhaltlich offenen Prämissen aufgefüllt werden? Geht es um die wertende Synthese, die eine unvermeidliche Begleiterin der Rechtsentscheidung ist?

Diese Fragen überschneiden sich teilweise. Mitunter hängen die Unterschiede eher von der Akzentsetzung als vom Inhalt ab. Bei den Differenzierungen handelt es sich mehr um Nuancen. Diese sind jedoch nicht unwesentlich. Von ihrer Beantwortung hängt es nämlich letztendlich ab, ob man es mit einer rechtlichen Entscheidung als Ergebnis der «Rechtsanwendung» oder mit einer von einem verantwortungsbewussten Juristen geschaffenen rechtlichen Entscheidung zu tun hat.

Der Schluss ist klar und verbindlich. Die Verbindung zwischen dem gesetzlichen Tatbestand und dem rechts-erheblichen Sachverhalt ist ein Ergebnis der menschlichen Entscheidung, die erst durch die Wertung zwischen dem Normativen und dem Faktischen, zwischen dem Faktischen und dem Normativen ermöglicht wird. 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 rechtserheblichen 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 rechtliche Möglichkeiten ausgeschlossen hat. Die Wahl der Möglichkeit im konkreten Fall hängt von der Wertung des Lebenssachverhalts und der Rechtsvorschriften ab.

Daher ist es produktiv, wenn das «typische Handeln» und die «typischen Fälle», welche die Verbindung zwischen den beiden Ausgangspunkten der Entscheidung darstellen, durch die Rechtstheorie, durch die Rechtsdogmatik und durch die Rechtspraxis (Gerichtspraxis) operationalisiert worden.⁹ Dadurch erhält das Rechtsentscheiden eine einigermaßen feste Grundlage, die für eine voraussehbare und gleiche Behandlung von Rechtsfällen eine hinreichende Voraussetzung ist. Doch auch das genügt nicht. Sollten nämlich typische Fälle bzw. typische Normen noch so differenziert sein, dann handelt es sich dennoch um eine Typizität, die mehr oder weniger über der unwiederholbaren Individualität des Lebenssachverhaltes steht. Deshalb muss man mit Argumenten begründen, warum und mit welchem Typus (des Handelns) der Lebenssachverhalt am ehesten übereinstimmt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der typische Fall oder ein anderer ähnlicher «objektiver Ausgangspunkt» zu einem unverbindlichen Maßstab wird, der missbraucht werden und mit dem man beliebig manipulieren kann.¹⁰

⁸ KARL ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 15. Siehe auch MARIJAN PAVČNIK, *Das «Hin- und Herwandern des Blickes. Zur Natur des Gesetzesanwendung»*, in: *Rechtstheorie* 39 (2008), S. 557–572. Nachdruck in: Marijan Pavčnik: *Auf dem Weg zum Maß des Rechts. Ausgewählte Schriften zur Rechtstheorie*, Stuttgart 2011, S. 173–188.

⁹ Aus der letzter Zeit siehe z. B. LORENZ KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2. Aufl., Baden-Baden 2011.

¹⁰ Vgl. BERND RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen 2014. Sie auch die Buchbesprechung von MARIJAN PAVČNIK in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 102 (2016) 4, S. 606–609.

2.5. Der «juristische Syllogismus» als rationaler Rahmen der Entscheidung

In dieser Sicht erhält auch der «juristische Syllogismus» einen anderen Stellenwert. Die Argumentationstheorie unterscheidet scharf zwischen den Ausgangspunkten der Entscheidung, zwischen der Bildung der beiden Prämissen des syllogistischen Schließens, zwischen dem syllogistischen Schluss selbst und der Begründung, die überzeugende Argumente für die Entscheidung im konkreten Fall beinhaltet.¹¹ Wenn es so ist, dann ist der «juristische Syllogismus» nur noch eine Stufe im Prozess der Entscheidung in konkreten Fällen. Er ist ein Glied, das zwar wichtig ist, doch nur ein Glied, das nicht die inhaltliche Überzeugungsfähigkeit und die Begründung der Rechtsentscheidung ersetzen kann.

Es ist eine Frage für sich, wie die Rechtsentscheidung tatsächlich verläuft und wie der Träger der Rechtsentscheidung zu den beiden Prämissen gelangt, aus denen dann logisch der Schluss folgt. Äußerlich ist nur die Rechtsentscheidung selbst mit den Argumenten erkennbar, die sie begründen. Für die Begründung bildet die syllogistische Form den *Rahmen*, in welchen beide Prämissen eingebettet werden müssen. Von besonderer Wichtigkeit ist dabei, dass die obere Prämisse die allgemeine und abstrakte Rechtsnorm enthalten muss, welche die Sachverhalte gleich und objektiv erfasst. Doch das ist nur der Rahmen, der in der Begründung noch inhaltlich aufgefüllt werden muss, wobei überzeugende Argumente dafür anzuführen sind, wie man beide Prämissen bildet und miteinander verbindet. Kurzum, die syllogistische Form verlangt, dass man rational handelt und überprüft, ob die Prämissen überzeugend begründet sind, und dass man für die Entscheidung triftige Gründe anführt.¹²

2.6. Inhaltliche und nicht nur formale Begründbarkeit der Rechtsentscheidung

Nach überwiegender Meinung befindet sich die Entscheidung wenigstens formal im Rechtsrahmen, wenn sie innerhalb der beiden Standpunkte liegt, die den Rahmen darstellen. Wenn sie also innerhalb des Lebenssachverhalts gebildet wird, welcher Gegenstand des Entscheidens ist, und innerhalb der formellen Rechtsquellen (innerhalb des gesetzlichen Rahmens) liegt, welche der normative Ausgangspunkt der Entscheidung sind.

Die inhaltliche Begründbarkeit der Rechtsentscheidung verlangt, dass man überzeugende Gründe dafür angibt, wie man innerhalb des Rechtsrahmens den Sachverhalt und den gesetzlichen Tatbestand bedeutungsmäßig bestimmt und wie man die Rechtsfolge konkretisiert, die an den angewendeten gesetzlichen Tatbestand anknüpft. Die Rechtsentscheidung ist optimal, wenn der Sachverhalt demjenigen gesetzlichen Tatbestand untergeordnet wird, mit dem die rechtlich relevanten Tatsachen am meisten übereinstimmen.¹³ Es liegt in der Natur des Rechtsphänomens, dass die Lösung (Entscheidung) typisch, normal oder durchschnittlich sein muss; typisch in der Bedeutung der ausgebildeten Verhaltens- und Handlungsarten bzw. in der Bedeutung von gedachten Typen dieser Art, sofern die Typen des Handelns unstabil oder im Entstehen begriffen sind. Die Typen müssen einem «universalen» Auditorium entsprechen, für welches das Gesetz be-

¹¹ Anders MACCORMICK (Fn. 2), der glaubt, dass in einfachen Fällen schon unmittelbar ein logisch deduktiver Schluss möglich ist, weil beide Prämissen klar und bestimmt sind (101).

¹² Näher siehe MARIAN PAVČNIK, FRIEDRICH LACHMAYER, Der «juristische Syllogismus» als rationaler Rahmen der Entscheidung und seine Anwendung im elektronischen Formularverfahren, in: Jusletter IT 25 (2016). Siehe auch die Beiträge von JOCHEN BUNG, Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von LARENZ (S. 215–225), JOACHIM LEGE, Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion. Eine Kampfansage an die Verächter der Logik (S. 259–280), ULFRID NEUMANN, Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung (S. 311–334), und ROLF GRÖSCHNER, Logik und Dialogik der Subsumtion (S. 421–455), in: Gottfried Gabriel, Rolf Gröschner, Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012.

¹³ Siehe z. B. BORIS FURLAN, Teorija pravnega sklepanja (Theorie der rechtlichen Folgerung), in: Zbornik znanstvenih razprav (Ljubljana) 10 (1933–34), S. 46, und ARTHUR KAUFMANN, Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus, 2. Aufl., Heidelberg 1982, S. 18.

stimmt ist, und nicht nur dem Auditorium, das von der Rechtsentscheidung unmittelbar überzeugt werden soll. Das *Auditorium des Gesetzes* verlangt, dass der Maßstab der Entscheidung so beschaffen sein sollte, wie ihn der Gesetzgeber aufgestellt haben würde, wenn er eine bestimmte Anzahl von gleichartigen Fällen vor sich gehabt hätte.¹⁴

¹⁴ Vgl. dazu die sogenannte Huber-Formel im Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Siehe ERNST A. KRAMER (Fn. 3), S. 227 ff. Vgl. auch mit dem slowenischen Gerichtsgesetz, Art. 3/2: «Wenn eine Zivilrechtsangelegenheit nicht aufgrund geltender Vorschriften gelöst werden kann, berücksichtigt der Richter Vorschriften, die ähnliche Fälle regeln. Wenn die Lösung der Angelegenheit trotzdem rechtlich problematisch ist, entscheidet er in Einklang mit den allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung im Staat. Dabei handelt er gemäß der Rechtstradition und den festen Erkenntnissen der Rechtswissenschaft.» Wenn es keine Typisierung gäbe, wäre das Entscheiden in konkreten Fällen arbiträr. Das slowenische Gerichtsgesetz bestimmt ausdrücklich, dass der Richter «immer so handelt, als ob er eine unbestimmte Anzahl von gleichartigen Fällen vor sich hätte» (Art. 3/3). Siehe auch MARIJAN PAVČNIK, (Organische) Rechtslücken. Über die Natur der Rechtslücken, in: ARSP 94 (2008), S. 202–218. Nachdruck in: Marijan Pavčnik, Auf dem Weg zum Maß des Rechts. Ausgewählte Schriften zur Rechtstheorie, Stuttgart 2011, S. 155–171.