

Grundrisse des Rechts

Rechtsphilosophie

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Kurt Seelmann, und Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.Eur.

7. Auflage 2019. Buch. XX, 295 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 72620 0
Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

von den Beteiligten gebilligt. Eine gezielte Erforschung solcher sozialer Normen in der Rechtspraxis gab es lange nur im Wettbewerbsrecht. Man fragt sich dort: Verhalten sich bestimmte Kaufleute regelmäßig in bestimmter Weise, erwarten sie dies auch von anderen und halten sie diese Erwartung auch für gerechtfertigt? Große Beachtung fanden aber inzwischen auch Umfragen wie die des Verwaltungsgerichts Berlin, das im Jahr 2000 die Prostitution aufgrund seiner Befragung in der Bevölkerung als nicht mehr sittenwidrig einstufte und damit den Weg mit bereitete für das Prostitutionsgesetz von 2006 und spätere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts.³²

Die *Transformationsfunktion* besteht darin, dass Wertvorstellungen 25 in der Bevölkerung, die sich noch nicht zu verbindlichen Verhaltensmodellen (sozialen Normen) verdichtet haben, über Generalklauseln in das Recht aufgenommen werden. Dies ist ungleich schwieriger als die Aufnahme sozialer Normen: Sind unterschiedliche Präferenzen vorhanden (was die Regel sein dürfte), so bedarf es für den Rechtsanwender eines Kriteriums für die Entscheidung zwischen ihnen, und dieses Kriterium lässt sich gerade nicht empirisch gewinnen.

Damit ist die Transformationsfunktion doch schon eng verwandt 26 mit der *Delegationsfunktion*: Der Richter muss nach Maßgabe gesetzlicher Zielvorstellungen selbst verbindliche Verhaltensmuster entwerfen, eine genuin gesetzgeberische Tätigkeit ist mittels Generalklauseln an ihn delegiert. War bei der Transformationsfunktion wenigstens noch eine empirische Materialsammlung Grundlage der eigenen Wertung, so fällt bei der Delegationsfunktion auch diese noch weg. Will der Richter in beiden Fällen nicht willkürlich entscheiden, so wird er sich nach rationalen Entscheidungskriterien umsehen müssen, wie die Rechtsphilosophie sie erörtert.

Welche der genannten Funktionen (Rezeptions-, Transformations- 27 und Delegationsfunktion) im Einzelfall zum Tragen kommt, hängt nicht allein vom Wortlaut der jeweiligen Generalklausel und ihrer herrschenden Interpretation ab. Der Hinweis auf die „Verkehrssitten“ oder ähnliche Ausdrücke etwa in § 242 BGB (D), Art. 81 Abs. 2, 213 Abs. 2 OR (CH), §§ 863, 864, 914 ABGB (A), Art. 1135 CC (F), Art. 1340 CC (It) oder Art. 8 Abs. 3 WKR muss noch nicht bedeuten,

³² Zur Umfrage bzgl. Sittenwidrigkeit der Prostitution VG Berlin 35 A 570.99. Kritisch zur sparsamen Verwendung der Demoskopie Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 18f. In einem Strafverfahren hat das schweizerische Bundesgericht zum Sittlichkeits- und Schamgefühl angemerkt, dass „Meinungsumfragen dazu eher untauglich sind“ (BGE 103 IV 96).

dass hier nur nach sozialen Normen geforscht werden sollte oder auch nur könnte, ganz abgesehen davon, dass „Treu und Glauben“ ohnehin schwerlich operationalisiert (d. h. so umformuliert, dass die mit den Begriffen bezeichneten Gegenstände der Beobachtung zugänglich sind) werden könnten. Dass in der Rechtspraxis bisher nur im Bereich des Wettbewerbsrechts die empirische Soziologie um Hilfe angegangen wurde, ist kaum zufällig. Eindeutige soziale Normen sind umso schwerer festzustellen, je größer und inhomogener der Personenkreis ausfällt, auf dessen Auffassung es ankommen soll. In den hier vorangestellten Entscheidungsbeispielen dürfte der Hinweis des BGH auf die „nicht besonders pruden“ und „ungewöhnlich weitherzigen Kreise“ oder „alle billig und gerecht Denkenden“ deshalb eher den Umstand verschleiern, dass das Gericht gar nicht im Entferntesten an die Möglichkeit einer Meinungsbefragung (wessen?) dachte, sondern in Wahrheit ganz selbstverständlich von einer Delegation der Entscheidung dieser Wertungsfragen an sich selbst ausging. Der Hinweis auf Ansichten anderer hat dabei allein legitimatorische Bedeutung.³³ Der Richter versteht sich kraft seines Amtes als Repräsentant der gerecht und billig Denkenden.³⁴

- 28 Es kann hier nicht die Aufgabe sein, darüber zu entscheiden, in welchen Fällen von Tatsachenbehauptungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung empirische Forschungen sehr wohl hätten ange stellt werden sollen und können. Grundsätzliche Vorbehalte, aber auch viele praktische Probleme, nicht zuletzt die Kostenfrage, dürften ernsthafte Überlegungen in diese Richtung bisher behindert haben. Es sollte nur an einigen Beispielen verdeutlicht werden, wie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung häufig rechtsphilosophische Überlegungen vorausgesetzt werden, weil das Recht selbst in vielen Normen die „Moral“ ausdrücklich oder konkludent inkorporiert.³⁵

33 Zum damit verbundenen Wertungsgegensatz zwischen individualistischen und kollektivistischen Orientierungen bei der Konkretisierung von Generalklauseln vgl. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, bes. S. 166 ff.

34 Zum Verständnis der Generalklauseln als Delegationsnormen auch Rüthers/Stadler, Allg. Teil des BGB, 19. Aufl., München 2017, § 26, Rn. 28.

35 Auf damit zusammenhängende methodische Probleme geht U. Neumann, Positivistische Rechtsquellenlehre und naturrechtliche Methode. Zum Alltagsnaturrecht in der juristischen Argumentation, in: R. Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, Stuttgart 1990, S. 141 ff. ein.

3. Wertungen im juristischen Alltag

Dass die rechtlichen Grundsatzentscheidungen bei der Beschäftigung mit Begriffen wie „Menschenwürde“, „Gerechtigkeit“ oder „Sittlichkeit“ *Wertungen* vornehmen, die auf das Interesse der Rechtsphilosophie stoßen, wird selbst einem juristischen Laien schnell einleuchten. Noch wichtiger aber ist, dass der juristische Alltag ständig Situationen schafft, in denen die eigentliche Rechtsdogmatik allenfalls zu einer Problemdefinition führt, aber selbst nicht die Lösung bereithält. Man spricht insoweit vom „Offenheitsbereich“ des positiven Rechts,³⁶ der dazu führt, dass weit über ausdrückliche Inkorporationen hinaus der *Bezug auf Richtigkeitskriterien*, die das positive Recht inhaltlich nicht vorgibt, doch von eben diesem positiven Recht notwendig vorausgesetzt wird. Der Jurist muss hier Entscheidungen treffen.

a) Semantische Spielräume bei der *Interpretation*

Zu solchen Entscheidungssituationen juristischer Dogmatik gehören in erster Linie die bekannten Schwierigkeiten bei der *Interpretation* von Gesetzen. Dass man trotz korrekter Orientierung an der Grammatik noch in solche Schwierigkeiten geraten kann, führt die neuere Methodenlehre insbesondere auf zwei mögliche Eigenschaften von Wörtern zurück: Sie können „mehrdeutig“ oder „vage“ sein.

Mehrdeutigkeit besteht darin, dass es für ein- und dasselbe Wort verschiedene semantische Anwendungsregeln gibt, dass ein Wort in verschiedenen Kontexten verschiedene Bedeutungen erlangen kann.³⁷ Man denke an das Wort „Star“, das je nach Kontext einen Vogel, einen Schauspieler oder eine Augenkrankheit meinen kann. Häufig sind die verschiedenen Bedeutungen allerdings näher verwandt: „Schaden“ i. S. des Betrugstatbestandes (§ 263 dStGB, Art. 146 schwStGB, § 146 öStGB) kann z. B. jeder wirtschaftliche Nachteil sein oder nur eine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Positionen.

³⁶ Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 118; zu Möglichkeiten und Grenzen einer Einhegung dieses Offenheitsbereichs vgl. Froese, Die Grenze des Rechts als Herausforderung der Auslegung, oder: Interpretation als Flexibilitätsreserve der Rechtsordnung, in: Rechtstheorie 46 (2015), S. 481 ff.

³⁷ Koch, Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, S. 155 ff. (159).

- 32 *Vagheit* bedeutet dagegen, dass die Verwendungsregeln eines Wortes für eine Anzahl von Gegenständen positiv wie negativ klar sind, dass es „dazwischen“ aber Gegenstände gibt, die sich nicht eindeutig dem Wort zurechnen lassen („neutrale Kandidaten“).³⁸ Dass es etwa ein „Beschädigen“ i. S. der Sachbeschädigungstatbestände ist, wenn jemand ein Auto zertrümmert, entspricht eindeutig dem üblichen Wortgebrauch (Substanzverletzung = Beschädigung). Andererseits ist auch klar, dass derjenige das Auto nicht beschädigt, der es lediglich mit einem anderen Anstrich versieht (aus kriminalpolitischen Gründen, die nichts mehr mit Gesetzesauslegung zu tun haben, ist im Strafrecht allerdings auch das umstritten). Dazwischen liegen jene Handlungen, hinsichtlich derer allein vom üblichen Sprachgebrauch her nicht entschieden werden kann, ob sie zum „Beschädigen“ gehören (z. B. Ablassen von Luft aus dem Reifen durch Aufschrauben der Ventile).³⁹
- 33 Wie entscheidet man nun in solchen Fällen, in denen weder der Wortlaut noch der Kontext weiterhelfen? Man fragt nach dem Willen des (historischen) Gesetzgebers oder nach der „ratio“ des Gesetzes (subjektiv bzw. objektiv teleologische Interpretation). Das Problem, in welcher Rangfolge beide Interpretationen im Kollisionsfall zueinander stehen, kann hier nicht behandelt werden. An dieser Stelle interessiert nur, welche Überlegungen in beiden Fällen anzustellen sind. Fragt man nach dem Willen des Gesetzgebers, so lässt sich dafür u. U. aus den veröffentlichten Motiven etwas entnehmen. Kann man, was nicht häufig der Fall sein wird, einen eindeutigen gesetzgeberischen Zweck finden, so ist empirisches Wissen darüber erforderlich, welche Interpretation dem jeweiligen Zweck gerecht wird⁴⁰ – das gilt entsprechend natürlich auch für die „objektiv-teleologische“ Auslegung. Sozialwissenschaftliche und/oder naturwissenschaftliche Erkenntnisse sind dann an diesem Punkt unerlässlich.
- 34 Dies lässt sich besonders gut zeigen bei relativ klaren Zielvorgaben wie im besonderen Verwaltungsrecht. In stark ideologisch geprägten Rechtsgebieten wie dem Strafrecht, dessen gesetzgeberische Zwecke häufig sehr generell sein werden (Schutz bestimmter Rechtsgüter, Bekämpfung bestimmter krimineller Handlungen) ist eine solche Vorgehensweise schon sehr viel schwieriger. Die Ziele „Schutz des Vermö-

38 Koch, (o. Anm. 37), S. 158f. Zur Mehrdeutigkeit und Vagheit deskriptiver Tatbestandselemente auch Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 62 ff.

39 Vgl. dazu BGHSt 13, 207 ff.

40 Vgl. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 216.

gens“ oder „Schutz des Eigentums“ sagen für die Beantwortung der in unseren Beispielen („Schaden“ bzw. „beschädigen“) aufgeworfenen Fragen noch wenig aus. Der Richter wird nach einer konkreten „ratio legis“ fragen, wie sie ihm vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgegeben ist (etwa indem er „Schaden“ aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung eng oder aus dem Bestreben, keine strafrechtsfreien Räume entstehen zu lassen, weit interpretiert, und indem er „beschädigen“ ausgerichtet am Interessenhorizont des Opfers auch als „Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs“ interpretiert oder unter Hinweis auf die „ultima-ratio-Funktion“ des Strafrechts das Merkmal restriktiv interpretiert). Will er seine Entscheidung jeweils genauer begründen, gerät er in komplizierte Gerechtigkeitserwägungen. Dies gilt auch für eine besondere Art der objektiv teleologischen Auslegung, die „Folgenorientierung“. Um die Entscheidung von ihren Folgen her zu legitimieren, braucht man nicht nur prinzipiell die empirische *Rechtstatsachenforschung*, sondern entscheidungsnotwendig ist auch eine *Bewertung* der Folgen durch den Richter.⁴¹

b) Wertungen

Eine nicht einfach zu beantwortende Frage ist, ob es neben solchen empirischen Fragen und neben Wertungsproblemen, die sich aus semantischen Spielräumen ergeben, in Gesetzestexten noch besondere „Wertbegriffe“ gibt, die ein eigenständiges Interpretationsproblem darstellen und *unmittelbar* – ohne den Weg über die Feststellung von „Mehrdeutigkeit“ oder „Vagheit“ – dem Gesetzesanwender eine Wertung abverlangen. Als „Wertbegriffe“ oder „wertausfüllungsbedürftige“ Begriffe gelten z. B. „Zumutbarkeit“, „unangemessen“, „unbillig“, „wesentliche Beeinträchtigung“, „gefährlich“, „anstößig“ usw. Einerseits wird vertreten, solche „Wertbegriffe“ bedeuteten keine eigenständige Problematik: Interpretationsprobleme ergäben sich nur, wo die deskriptive Komponente solcher Begriffe „vage“ (s. o. a)) sei. Die wertende Komponente drücke lediglich eine positive oder negative Stellungnahme (gemeint ist: des Gesetzgebers) aus, die keine zusätzlichen Interpretationsprobleme schaffe.⁴² Demgegenüber steht die Auffassung, dass solche „Wertbegriffe“ für den Rechtsan-

41 Vgl. Gast, Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion, 5. Aufl., Heidelberg 2015, Rn. 250.

42 Koch, (o. Anm. 37), S. 159 f., ähnlich Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 57 ff.

wender unterschiedliche deskriptive Bestimmungen dessen, was gut, zumutbar oder empfehlenswert sei, ermöglichen.⁴³

- 36 Damit herrscht aber doch Einigkeit darüber, dass Interpretationsprobleme bei „Wertbegriffen“ jedenfalls auch aus der „Vagheit“ der deskriptiven Komponente entstehen. Allerdings ist der zweiten Auffassung darin Recht zu geben, dass die gemeinsame Eigenschaft aller „Wertbegriffe“ darin besteht, durch ihre wertende Bedeutungskomponente implizit eine *Bewertungsermächtigung* des Gesetzgebers an den Rechtsanwender für den nicht eindeutig durch die deskriptive Bedeutung festgelegten Bereich zu enthalten. Wenn man von Generalklauseln spricht (vgl. oben 2.), meint man häufig solche Vorschriften, die durch Wertbegriffe mit relativ wenig festgelegtem deskriptiven Gehalt bestimmt werden, wie etwa § 242 BGB (D), Art. 2 ZGB (CH), § 6 Datenschutzgesetz (A) oder Art. 1375 CC (It). Bei der Bestimmung des deskriptiven Gehalts werden dann angesichts der Wertungsermächtigung die oben 2. c) dargestellten Alternativen besonders deutlich: Soll der Richter nach den im sozialen Leben tatsächlich vertretenen Wertungen, die sich evtl. sogar zu sozialen Normen verdichtet haben, Ausschau halten oder eine eigene Wertung begründen? Diese Entscheidungssituation aber gibt es bei jeder durch objektiv-teleologische Interpretation geforderten Entscheidung und nicht nur bei den „Wertbegriffen“ i. e. S., also immer, wenn man nach dem Zweck einer gesetzlichen Formulierung fragt.
- 37 Besondere Beachtung verdient im Zusammenhang mit „wertausfüllungsbedürftigen“ Begriffen § 34 dStGB (ähnlich Art. 17 schwStGB; Österreich kennt keine rechtfertigende, sondern nur eine entschuldigende Notstandsvorschrift (§ 10 öStGB)). Für das Vorliegen einer Rechtfertigung ist danach Voraussetzung, dass „das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt“. Anders als z. B. im französischen Code pénal, der in den Art. 122–5 und 122–7 lediglich auf eine „(dis)proportion“ abhebt, oder im italienischen Codice penale, der in den art. 52 und 54 das Wort „proporzionato“ verwendet, wird hier jedoch ausdrücklich auf die anzustellende Wertung Bezug genommen. Die Entscheidung über ein „wesentliches Überwiegen“ soll nämlich gefällt werden „bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren“. Dem Rechtsanwender wird eine Wer-

43 Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen in: Hassemer (Hrsg.), Argumentation und Recht, Wiesbaden 1980, S. 181 ff. (191).

tung der konfligierenden Interessen auferlegt – er muss entscheiden, welches Interesse höher wiegt – ohne dass das Gesetz ihm hinreichend Hilfen für diese Wertung an die Hand gibt. Zwar sollen die in Frage stehenden Rechtsgüter eine Rolle dabei spielen, und das heißt bei einer Abwägung: die für die Verletzung der Rechtsgüter angeordneten Strafen – aber nur „namentlich“. D. h. für die Wertung im konkreten Fall müssen noch andere Kriterien herangezogen werden, die sich aus dem positiven Recht zumindest nicht unmittelbar entnehmen lassen. In Frage kämen rein theoretisch auch hier wieder zwei Lösungen: Das Gericht informiert sich entweder, welches von zwei konfligierenden Interessen in der Bevölkerung als das höherrangige angesehen wird. Oder aber es sucht eine Interessenhierarchie aus leitenden Gedanken der Rechtsordnung⁴⁴ oder aus einer der Rechtsordnung vorgegebenen, dann besonders begründungsbedürftigen Wertehierarchie herzuleiten.

Auf eine nicht selten anzutreffende Kombination eines „wertausfüllungsbedürftigen“ Begriffs mit einem empirisch ermittelbaren Gehalt 38 sei noch verwiesen. § 47 I dStGB sieht ausnahmsweise die Verhängung von Freiheitsstrafen unter 6 Monaten u. a. dann vor, wenn dies „zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich“ ist. „Unerlässlich“ ist ein Wertbegriff. „Verteidigung der Rechtsordnung“ wird heute von der h. M. als „Generalprävention“ verstanden, die § 47 dStGB ausnahmsweise als Strafzweck zulasse. Für die Wertung, ob er eine abschreckende Strafe zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung für „unerlässlich“ hält, muss der Richter sich also zunächst Gedanken über die generalpräventive Wirkung dieser oder jener Strafe machen, denn auf die Lösung dieser empirischen Vorfrage ist seine Wertung angewiesen. Genau genommen müsste er also vorweg auch auf soziologische Forschungen über die generalpräventive Wirkung von Strafe zurückgreifen. Da dieses Gebiet bisher aber nur in Ansätzen erforscht ist⁴⁵ und, soweit es erforscht wird, eher Zweifel an einer umfassenden generalpräventiven Wirkung von Strafe genährt werden, sieht sich die Praxis in diesem Fall auf eigene soziologische „Alltagstheorien“ verwiesen. Auf dieser schwankenden Basis einer wissenschaftlich nicht belegten „Alltagstheorie“ erfolgt dann die normative Entscheidung über die „Unerlässlichkeit“ – kein Beispiel guter Gesetzgebung.

44 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 112.

45 Zur „positiven Generalprävention“ vgl. v. Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtliche Abhandlungen, Berlin 2005, S. 20.

c) Normative Prämissen *jenseits* des Bereichs der Gesetzesinterpretation

- 39 Es ist allgemein bekannt, dass der Rechtsanwender nicht *nur* Gesetze interpretiert. Das Gesetz ist zudem unter den normativen Prämissen der Entscheidungsfindung keineswegs die einzige Prämisse (sondern tritt neben andere Prämissen, wie etwa die bisherige Rechtsprechung oder das Gewohnheitsrecht).
- 40 Mit Blick auf einen Bereich *jenseits* blosser Gesetzesinterpretation gibt es etwa Fälle, in denen das Gesetz ausdrücklich ein Ermessen einräumt. Wer von diesem Ermessen Gebrauch macht, interpretiert nicht nur ein Gesetz, sondern wird ausdrücklich zur *Ergänzung* des gesetzlichen Tatbestands aufgefordert. Für die dabei anzustellenden Wertungen und das Einbringen empirischen Wissens gilt daher das zur subjektiv- und objektiv-teleologischen Interpretation Gesagte im Grundsatz auch.⁴⁶
- 41 Nicht anders ist die Situation bei den speziellen juristischen Schlussformen wie „argumentum a fortiori“ („Erst-recht-Argument“), „Analogie“ und „argumentum e contrario“ („Umkehrschluss“).⁴⁷ Zu entscheiden, ob Sachverhalte in bestimmter Hinsicht zueinander in einem Steigerungsverhältnis stehen, ähnlich oder verschieden sind, erfordert wieder nicht nur *Tatsachen*kenntnisse, sondern auch *Wertungskriterien*. Widersprüche im Gesetz sind zu klären und zu harmonisieren, Lücken gilt es zu füllen; es sind also, weit über eine bloße Interpretation hinaus, Rechtssätze harmonisierender und ergänzender Art vom „Rechtsanwender“ überhaupt erst zu *bilden*.
- 42 So sehr schon für all diese normativen Prämissen einer Entscheidung auch empirisches Wissen erforderlich war, so sehr gilt dies für die eigentliche Tatsachenseite der Entscheidung, die Feststellung des Sachverhalts. Diese Feststellung der Tatsachen, an welche die Rechtsfolgen anknüpfen, ist eine in der Methodenlehre allgemein anerkannte Leistung.⁴⁸ Nicht nur eigene Wahrnehmungen des Richters in der Beweiserhebung, sondern auch die Behauptung geltender Zusammenhänge (deterministischer Erfahrungssätze) sowie statistische und probabilistische Erfahrungssätze gehen hierbei ein.⁴⁹ Allerdings

46 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 236.

47 Dazu Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 211 ff.

48 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 99 ff.

49 Rüßmann, Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, S. 369 ff. (370 ff.); Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 125 f.