

Herausgegeben von

Professor Dr. Hans Erich Brandner, RA beim BGH, Karlsruhe
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen
Professor Dr. Rolf Stürner, Richter am OLG, Konstanz
Professor Dr. Ulrich Weber, Tübingen

Redaktion

Dr. Franz-Peter Gillig und Rechtsanwalt Markus Binder,
7400 Tübingen, Wilhelmstraße 18, Telefon (07071) 26064

Seiten 213–264

Juristen JZ Zeitung

46. Jahrgang 1. März 1991 5

Aufsätze

Professor Dr. Christoph Gusy, Mainz

„Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik

I. Fragestellung

„Niemand wird leugnen, daß daraus, daß etwas ist, nicht folgen kann, daß es sein soll, so wie daraus, daß etwas sein soll, nicht folgen kann, daß etwas ist.“¹ Diese These besagt zwar nicht, daß Recht und Wirklichkeit beziehungslos nebeneinanderstünden²; sondern lediglich, daß keines von beiden aus dem jeweils anderen mit Anspruch auf Richtigkeit begründet werden könne. Desungeachtet gilt jene Lehre heute als „überwunden“ bzw. „überholt“³; die auch nur analytische Unterscheidung von „Sein“ und „Sollen“ als neueren wissenschaftlichen Einsichten nicht mehr adäquat. Solche neueren Einsichten finden sich etwa in der These wieder, wonach sich „das Niveau der Rechtswissenschaft nicht zuletzt danach bemißt, wieweit es ihr gelingt, die rechtsrelevanten Ergebnisse der Soziologie, wie auch anderer Nachbarwissenschaften, angemessen zu begreifen“⁴. Daß „Wirklichkeit“ gegenwärtig in

der Rechtswissenschaft insgesamt wie auch und gerade in deren dogmatischem Zweig ihren festen Platz einnimmt, ist demnach jedenfalls im Ergebnis nahezu unbestritten⁵. Dies zeigt sich nicht allein in höchst anspruchsvollen rechtstheoretischen Formulierungen des immer gleichen Ergebnisses, sondern mindestens ebenso deutlich in der täglichen Praxis rechtsdogmatischer Arbeit. Dafür nur einige Beispiele:

(1) Im Kanon der herkömmlichen Auslegungsregeln fragt die „teleologische Methode“ nach dem „Sinn und Zweck“ der maßgeblichen Rechtsnormen⁶. Die Fragestellung nach jenem „Sinn und Zweck“ erschöpft sich nicht in der allein rechtlichen „Bedeutung“ der Norm; oder anders formuliert: Es geht nicht allein um „Sinn und Zweck“ der Norm im Recht, sondern auch um ihre außerrechtlichen Sinn- und Zweckhaftigkeit. Zu deren Feststellung ist es erforderlich, Feststellungen darüber zu treffen, welche rechtlichen, aber auch tatsächlichen Wirkungen die jeweilige Norm in dem von ihr geregelten Bereich überhaupt begründet. Erst aus diesen Wirkungen lassen sich solche herauskristallisieren, welche den tatsächlichen „Sinn“ der Norm ausmachen, und solche, welche diesen nicht ausmachen. Bei der Suche nach diesen tatsächlichen Wirkungen wird geradezu notwendig „Wirklichkeit“ in die Auslegungsmethoden und damit die Rechtsdogmatik integriert.

(2) Jene „Wirklichkeit“, in und aus welcher die Rechtsnormen ihren „Sinn und Zweck“ erlangen, ist ihrerseits keine rein statische, sondern einem stetigen politischen, ökonomischen, sozialen, geistigen und technischen Wandel ausgesetzt. Eine sich derart verändernde Umwelt kann einer Rechtsnorm aber nicht stets den gleichen „Sinn und Zweck“ zuweisen. Ändern sich die faktischen Auswirkungen einer Norm auf ihren Gegenstand, so ändern sich zwangsläufig zugleich diejenigen Aspekte und Faktoren, aus welchen jener „Sinn und Zweck“ überhaupt bestimmt werden kann. Jenseits einer – nicht abstrakt zu bestimmenden – Grenze wandelt sich mit dem Regelungsbereich zugleich der in ihm wirksame „Sinn und Zweck“ der auf ihn bezogenen Rechtsnorm. Der so begründete „Bedeutungswandel“

¹ H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. A., 1960, S. 5.

² So erkennt etwa auch Kelsen die Notwendigkeit der Einbeziehung nicht-rechtlicher – und damit jedenfalls potentiell auch wirklichkeitsorientierter – Argumente in die Rechtsdogmatik durchaus an; s. ebd., S. 346 ff., insbes. S. 348 ff., 350 ff.; demgegenüber finden sich in früheren Werken mißverständlichere Formulierungen, etwa in ders., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. A., 1923, S. 7: „Ein vollkommener Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm ist nur möglich aufgrund einer vollkommenen Disparität von Sein und Sollen.“ Diese werden allerdings auch hier nur im Sinne verschiedener analytischer Kategorien als „Gegensatz“ (ebd., S. 19), als „zwei getrennte Welten“ (ebd., S. 8) einander gegenübergestellt.

³ S. nur H. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in P. Häberle (Hrsg.): H. Ehmke, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, S. 329, 330; danach „scheint die positivistische Methode ... endgültig überwunden zu werden“; ebd. Fn. 11: „Daß von diesem Boden aus die positivistische Rechtsquellenlehre keinen Bestand haben kann, liegt auf der Hand.“ Nach P. Häberle ebd., S. 12, ist die Kritik an jenen Thesen „nahezu verstimmt“.

⁴ R. Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtslehre?, 1975, S. 17; dementsprechend erforscht „die Rechtsdogmatik das in einer Rechtsgesellschaft empirisch geltende Recht immer schon mit“ (ebd., S. 15); denn „rechtliche und soziale Geltung einer Norm fallen ... inhaltlich in aller Regel zusammen“ (ebd., S. 14 f.); ähnlich z. B. H. Ehmke ebd., S. 338: „Angesichts der grundlegenden Bedeutung der Verfassung und ihrer Institutionen für das Leben des politischen Gemeinwesens mußte eine nicht zur Sache (!) vorstoßende Auslegungslehre gerade im Verfassungsbereich als ungenügend empfunden werden.“ Dementsprechend fordert er ebd. „eine sachbezogene, die Problemhorizonte erschließende, die „Vor-Urteile“ begründende und die Fall-Praxis „verarbeitende“ Verfassungstheorie“.

⁵ Dagegen im öffentlichen Recht explizit P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I, 5. A., 1911, S. VIII ff.; aus soziologischer Sicht zurückhaltend N. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, pass.; zur – hier nicht weiterverfolgten – soziologischen und insbesondere systemtheoretischen Kritik an dieser Arbeit Luhmanns s. H. Rottleuthner ARSP-Beiheft 13, 1980, 97, 114 ff.; G. Teubner RTh 1975, 179; T. Wälde, Juristische Folgenorientierung, 1979, S. 105 ff., 121 ff.

⁶ K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. A., 1983, S. 319 (ff.), fragt – auch – nach den „Strukturen des geregelten Sachbereichs, tatsächliche(n) Gegebenheiten“ (ebd., S. 319); ähnlich etwa F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 268 ff.

ohne Änderung des Wortlautes wird gerade im Verfassungsrecht unter dem Stichwort vom „Verfassungswandel“ thematisiert⁷. Erlangen hier Rechtsnormen eine Änderung ihres dogmatisch zu ermittelnden Bedeutungsgehaltes durch ihre Umwelt, so ist auch dies eine Variante der Einbeziehung von „Wirklichkeit“ in die Rechtsdogmatik.

(3) Weniger als materieller denn als funktioneller Gesichtspunkt der Rechtsgewinnung wird die Einbeziehung von „Wirklichkeit“ begriffen, wenn den rechtsanwendenden Instanzen die Aufgabe der „Folgenberücksichtigung“ zugewiesen wird⁸. Sollen die dabei einzubeziehenden „Folgen“ nicht nur rechtlich-systematische, sondern zumindest auch außerrechtlich – praktische sein, so haben Vollziehung und Rechtsprechung dabei auch die „Wirklichkeit“ zu berücksichtigen. Und wenn sie ihre Entscheidungen begründen müssen, so muß der Aspekt der Folgenberücksichtigung auch in die Begründung einfließen. Und damit wird dann zwangsläufig „Wirklichkeit“ in den dogmatischen Begründungszusammenhang integriert.

Daß also die Dogmatik nicht allein rechts-, sondern zugleich auch realitätsgeprägt ist, zeigen die – wegen ihrer Bekanntheit hervorgehobenen, keineswegs abschließenden⁹ – Beispiele. Andererseits begegnet jenes Phänomen trotz seiner allseitigen prinzipiellen Anerkennung aber auch einer verbreiteten Unsicherheit. Eine solche zeigt sich ganz grundlegend darin, wenn etwa der Folgenberücksichtigung die Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG) entgegeng gehalten wird¹⁰. Sie zeigt sich auch in Versuchen, aus dem Grundgesetz „Grenzen des Verfassungswandels“ zu bestimmen¹¹. Und sie scheint nicht zuletzt auf in der jüngeren Diskussion um die Berechtigung und den Status der teleologischen Methode in der Rechtswissenschaft¹². Derartige Bemühungen um eine methodische Rationalisierung des neuen Anliegens deuten an: Im Streit ist zwar nicht das „Ob“, wohl aber das „Wie“ jener Einbeziehung von Wirklichkeit. Quelle solcher Streitigkeiten sind mindestens 3 Faktoren:

(1) Zunächst die Diffusität derjenigen Phänomene, welche unter dem Stichwort „Wirklichkeit“ zusammengefaßt werden können¹³. In eine solche Zusammenfassung können deskriptive Begriffe, die empirische Phänomene beschreiben, ebenso eingehen wie Wertbegriffe, welche sich auf andere als rechtliche Wertungen beziehen¹⁴. Die Umwelten des Rechts sind viel zu komplex, als daß sie unter einem einheitlichen Oberbegriff – wie etwa demjenigen der „Wirklichkeit“ – auch nur annähernd zusammengefaßt werden können, wenn dieser Begriff mehr bezeichnen soll als die Verschiedenheit jener Umwelten vom Recht. Insbesondere kann ein derartiger zusammenfassender Begriff keine positiven Gemeinsamkeiten der von ihm

erfaßten Phänomene suggerieren. Daher läßt sich jene „Wirklichkeit“ praktisch nur negativ umschreiben. „Wirklichkeit ist dann die Summe derjenigen Phänomene, die vom geltenden Recht verschieden sind. Daß ein derart unspezifischer Begriff auch nur einigermaßen einheitliche Mechanismen für die Rezeption der von ihm zusammengefaßten Phänomene in die Rechtsanwendung nahelegen könnte, ist schon für sich ziemlich unwahrscheinlich.

(2) Daneben gibt es aber auch keine wissenschaftliche Methode, welche auf die Erkenntnis einer solchen „Wirklichkeit“ gerichtet ist und zugleich Anspruch auf die Begründung von Ergebnissen erheben könnte, welche heutigen wissenschaftlichen Standards standhielten. Während sich die einzelnen Geistes- und insbesondere die Naturwissenschaften immer weiter spezialisieren, um das Detail des Details zu erkennen, verlangt die Rechtswissenschaft nichts weniger als die Erkenntnis „der Wirklichkeit“. Hier stellt sich zumindest die Frage, ob nicht ungeachtet aller Rufe nach Interdisziplinarität – die Kooperation mit einer wissenschaftlichen Disziplin gesucht wird, die es als solche gar nicht gibt. Wenn aber „die Wirklichkeit“ wissenschaftlich nicht erkannt und mit den gegenwärtig bekannten wissenschaftlichen Methoden auch nicht erkennbar ist, so stellt sich die weitergehende Frage, wie denn dasjenige, was in die Rechtsdogmatik einbezogen werden soll, überhaupt zutreffend erfaßt und beschrieben werden kann. Angesichts dieser praktischen Unmöglichkeit gerät die Forderung nach Einbeziehung einer wissenschaftlich nicht erfaßbaren Umwelt leicht in die Nähe des Rufes nach der Beliebigkeit des bloßen Meinens.

(3) Schließlich stellen sich Fragen auch auf der Ebene der Rechtswissenschaft. Ist es gerade die Rechtsordnung, welche auf bestimmte Weise legitimierte Normen enthält, so ist der Rechtsanwender wegen der Notwendigkeit der Legitimation seines eigenen Handelns an jene Rechtsnormen gebunden (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG)¹⁵. Hier stellt sich dann die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Bindung an das Recht einerseits und der Einbeziehung anderer Phänomene als dieser Normen, etwa der „Wirklichkeit“, andererseits. Darf in diesem Rahmen, ohne die Legitimation der Rechtsanwendung zu gefährden, überhaupt etwas anderes als Recht einbezogen werden? Und wenn ja: Wie kann und darf dies geschehen?

Dieser letztgenannte Fragenkomplex soll im folgenden untersucht werden. Hier geht es allein um die rechtlichen – und nicht die philosophischen, sprachwissenschaftlichen oder handlungstheoretischen – Möglichkeiten, Voraussetzungen und Grenzen einer Rezeption außerrechtlicher Aussagen in die Rechtsdogmatik. Was allgemein gefordert wird, soll hier methodisch auf seine Realisierungsbedingungen untersucht werden. Die bislang weitgehend offen gebliebene Frage nach dem „Wie“ der Einbeziehung von Wirklichkeit wird hier vom Recht und der dogmatischen Rechtswissenschaft her angegangen.

II. Vorbedingungen der Einbeziehung von „Wirklichkeit“ in die Dogmatik

1. Die Möglichkeit von „Wirklichkeit“ in der Dogmatik

Die Frage danach, ob und gegebenenfalls wie „Wirklichkeit“ überhaupt in die Dogmatik einbezogen werden kann, setzt die Bestimmung der Eigenarten dieses Zweiges der Rechtswissenschaft voraus. Im Konzert der verschiedenen Zweige in der

⁷ Dazu grundsätzlich K. Amelung Jura 1988, 393; W. Fiedler, Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung, 1972; E. Stein in: A. Klönne, Lebendige Verfassung – das GG in Perspektive, 1981, S. 1 ff.; Überblick über Meinungsstand und Literatur bei W. Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 186 ff.; zur älteren Literatur F. Klein, FS Giese, 1953, S. 61, 113 f.; am konkreten Beispiel des Art. 6 GG A. v. Campenhausen VVDStRL 45, S. 8, 11 ff.; H. Steiger ebd., S. 56, 66 ff., 71 ff.; K. H. Friauf NJW 1986, 2595; H. Lecheler DVBl 1986, 905; R. Zippelius DÖV 1986, 805; M. Zuleeg NVwZ 1986, 800; ein Unterfall davon ist der Versuch eines gesteuerten Verfassungswandels im Wege der Verfassungspolitik; dazu grundlegend P. Häberle ZSR 1978, 1; W. Fiedler JZ 1979, 417; R. Steinberg JZ 1980, 385; C. Gusy, „Verfassungspolitik“ zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik, 1983.

⁸ Überblick über unterschiedliche Formen und Möglichkeiten der Folgenberücksichtigung bei H. Sandler, FS Simon, 1987, S. 113 ff. m. w. N.

⁹ S. weitere Fälle bei G. Winter RTh 1971, 171 ff.

¹⁰ H. H. Rupp NJW 1973, 1769, 1770 ff.

¹¹ Dazu K. Hesse, FS Scheuner, 1973, S. 123.

¹² Kritisch etwa H. J. Koch EuGRZ 1986, 345, 358; J. J. Hagen, FS R. Weimar, 1986, S. 343, 344, 346; R. Hegenbarth, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, 1982, S. 179 ff.; G. Hassold ZZP (94) 1981, 192, 205 f.; B. Schlink DSt 1980, 73, 90.

¹³ S. dazu etwa die Notizen bei K. Popper/J. Eccles, Das Ich und sein Gehirn, 7. A., 1987, S. 24 ff., 28 ff.

¹⁴ Zu der Unterscheidung zwischen beiden Begriffen G. Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1979, S. 131 ff.

¹⁵ Zum Zusammenhang zwischen Rechtsbindung und demokratischer Legitimation am Beispiel der Rechtsprechung C. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S. 135 ff.

Rechtswissenschaft“ kommen ihr eine theoretische und eine praktische Aufgabe zu. Theoretisch hat sie das – nicht notwendig systematische – Recht unter systematischen Aspekten zu untersuchen, Systemgedanken zu formulieren und das Verhältnis der Rechtsnormen zueinander zu bestimmen¹⁷. Praktisch ist die Rechtsdogmatik jener Teilbereich, welcher die Aufgabe der Rechtswissenschaft als Begründungswissenschaft erfüllt. Sie fragt danach, wie rechtliche Begründbarkeits- bzw. Begründungsgebote¹⁸ über bloßes Meinen hinaus eingelöst werden können. Sie sucht also Antworten auf die Frage, wann eine Entscheidung mit dem geltenden Recht vereinbar ist bzw. wann sie umgekehrt gegen das geltende Recht verstößt. In diesem Sinne ist Rechtsdogmatik ein System von Regeln, welches Aussagen darüber ermöglichen soll, ob ein konkreter Satz, etwa eine Gerichtsentscheidung oder ein Verwaltungsakt, mit einem abstrakten Satz, etwa einem Gesetz oder dem Grundgesetz, inhaltlich vereinbar ist. Ihre praktische Aufgabe besteht so darin, die „Kluft“ zwischen dem abstrakten Recht und der konkreten Rechtsanwendung zu überbrücken und dabei den rechtswissenschaftlichen Part der „juristischen Begründungslehre“¹⁹ zu übernehmen.

Rechtswissenschaftliche Dogmatik im dargestellten Sinne läßt sich bezeichnen als ein System von Sätzen. Sätze sind der Gegenstand der Dogmatik, nämlich die Rechtsnormen, deren Anwendung das Bedürfnis nach Dogmatik überhaupt erst begründet. Solche Normen sind Aussagen über intendierte Rechtsfolgen, also normative Sätze. Gleichfalls Sätze sind die Rechtsanwendungsakte, in deren Kontext das Bedürfnis nach Begründung überhaupt erst entsteht. Sie sind oder enthalten gleichfalls Aussagen über intendierte Rechtsfolgen, die von denjenigen der angewandten Rechtsnormen partiell – und sei es nur wegen ihrer größeren Konkretheit – verschieden sind²⁰. Schließlich ist aber auch die Verknüpfung zwischen beiden durch Begründung eine Summe von Aussagen, welche die inhaltliche Vereinbarkeit der konkreten mit den abstrakten Sätzen dartun soll. Die Sätze der Dogmatik²¹ lassen sich so als Aussagen über Aussagen bezeichnen; oder genauer: als Versuch wissenschaftlicher Aussagen über normative Aussagen.

Angesichts dieser Eigenart der Dogmatik als System von Sätzen stellt sich zunächst ganz prinzipiell die Frage nach der Möglichkeit einer Einbeziehung von „Wirklichkeit“ in ein derartiges System. Das gilt um so mehr, als in der Beschreibung der Dogmatik als System von Sätzen das Phänomen „Wirklichkeit“ an keiner Stelle auftauchte. Vielmehr fand die Dogmatik ihre Aufgabe – die Begründung von Entscheidungen – in Sätzen; ihren maßgeblichen Bezugspunkt – eben die Rechtsnormen, an denen die Begründung geleistet werden soll – in Sätzen; und die von ihr zu leistende Begründung besteht gleichfalls aus Sätzen. Kommt also in diesem Aussagesystem die „Wirklichkeit“ gar nicht vor, wie kann sie dann in dieses „integriert“ werden? Ohne hier Vergleiche zu anderen reinen Systemen von Sätzen – etwa der Logik oder der Mathematik – überstrapazieren zu wollen, so zeigt sich auch dort, daß in ihnen die „Wirklichkeit“ nicht vorkommt und die Forderung

nach Integration von „Wirklichkeit“ dort auch gar nicht erhoben wird. Vielmehr können in ein System von Sätzen nur Sätze integriert werden. Wenn also in das Aussagesystem „Rechtsdogmatik“ die „Wirklichkeit“ integriert werden soll, so kann dies nicht „Wirklichkeit“ selbst sein. Einbeziehbar sind vielmehr nur Sätze über „Wirklichkeit“. Am Beispiel: Bei der Begründung einer „Gefahr“ für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung soll auch das Kriterium von der umgekehrten Proportionalität von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe angewandt werden²². Bei der Beantwortung der Frage, ob in Aufzügen ohne eigene Innentür eine solche Gefahr bestehen kann²³, kann weder der Aufzug selbst noch der – im Moment der Gefahrbeurteilung ja noch nicht eingetretene – konkrete Schaden einbezogen werden, sondern lediglich der Satz: „Durch den Betrieb eines Personenaufzuges ohne Fahrkorbtür können Menschen schwer verletzt oder sogar getötet werden“²⁴. Die „Wirklichkeit“ hat sich im Prozeß ihrer Einbeziehung in den dogmatischen Begründungszusammenhang in einen statistischen Satz über Wirklichkeit verwandelt. Und erst diese Wandlung macht das genannte dogmatische Kriterium anwendbar und das von dem statistischen Satz beschriebene Phänomen in die Rechtsdogmatik einbeziehbar. Das Beispiel verdeutlicht das bereits formulierte.

1. Zwischenergebnis: Für die Rechtsdogmatik kann sich weder theoretisch noch praktisch die Frage nach der Einbeziehung „der Wirklichkeit“, es kann sich vielmehr allein die Frage nach der Rezeption von Sätzen über Wirklichkeit stellen.

Die mit diesem Zwischenergebnis vorgenommene Veränderung der Perspektive – weg von der Einbeziehung der „Wirklichkeit“ hin zu der Einbeziehung von Sätzen über Wirklichkeit – scheint auf den ersten Blick nur eine unbedeutende Verschiebung des Problems darzustellen. Ganz so unbedeutend ist diese Verschiebung jedoch nicht. Im Gegenteil: Ist die Möglichkeit der Einbeziehung von „Wirklichkeit“ auf diejenige von Aussagen über „Wirklichkeit“ reduziert, so verliert das einzubeziehende Objekt einen Teil seiner Diffusität²⁵, die ihm „an sich“ zukommt. Reduziert sich „die Wirklichkeit“ auf beschriebene und gedeutete „Wirklichkeit“, so entsteht überhaupt erst die Möglichkeit einer sinnvollen Selektion der einzubeziehenden Realitätsausschnitte. Zudem verringert sich auch das Erkenntnisproblem: Solche „Wirklichkeit“, die sich ihrer eigenen Erkenntnis – noch – entzieht, ist dann auch nicht einbeziehungsfähig²⁶.

Umgekehrt gilt dann aber auch: Alle möglichen rechtlichen Anforderungen, welche sich auf die Voraussetzungen und Grenzen der Rezeption von „Wirklichkeit“ beziehen können, richten sich dann nicht an die „Wirklichkeit“ selbst, sondern an die Sätze über sie. Am Beispiel: Sollte es ein rechtliches Begründbarkeitsgebot geben²⁷, so wäre dieses ein Gebot, das allein von Aussagen, nie aber von der Wirklichkeit selbst erfüllt werden könnte. Denn „begründbare Tatsachen“ gibt es nicht; begründbar sind nur Aussagen über Tatsachen²⁸. Das Beispiel zeigt: Rechtliche Anforderungen an die Einbeziehung von Sätzen über „Wirklichkeit“ sind nur dann sinnvoll, wenn sie von Sätzen – und nicht von Tatsachen – erfüllt werden können. Und sie sind sinnlos, wenn sie nur von Tatsachen – und nicht von Sätzen – erfüllt werden können.

2. Normative und deskriptive Sätze

a) Maßgeblich für die aufgezeigte Möglichkeit, Sätze über „Wirklichkeit“ und nicht diese selbst in die Dogmatik einbe-

¹⁷ Dabei ist die Rechtsdogmatik nicht deren einziger Zweig; beide Begriffe dürfen demnach nicht gleichgesetzt werden. Neben dem dogmatischen Zweig treten etwa die Rechtsgeschichte, die Rechtsphilosophie und die Rechtssoziologie als weitere, von ersterem zu unterscheidende Zweige hinzu.

¹⁸ Zu diesen und weiteren, nicht nur theoretischen Aufgaben der Rechtsdogmatik A. Podlech JbRSozRTh 2, 1972, 491 ff.

¹⁹ Dazu eingehend J. Lücke, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 22 ff.

²⁰ Dazu H. J. Koch/H. Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982.

²¹ Näher dazu H. Kelsen, Reine Rechtslehre aaO, S. 348 f., 350 f.

²² Diese wurden zu ihrer besseren Abgrenzung von jenen Sätzen, welche die Rechtsnormen darstellen, etwa von H. Kelsen ebd., S. 73 ff., als „Rechtssätze“ bezeichnet.

²³ Zu diesem Satz bzw. seiner vereinfachten Formulierung: „Je höher der potentielle Schaden, desto geringer muß die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts sein“, um eine Gefahr begründen zu können, s. näher – kritisch – T. Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 75 ff.

²⁴ Dazu BVerwG DVBl 1973, 857 ff. ²⁵ BVerwG ebd., S. 858.

²⁶ S. zu dieser Diffusität o. l.

²⁷ Daraus resultiert dann allerdings die Folgefrage nach den Voraussetzungen und Grenzen der Erkennbarkeit von Wirklichkeit und damit der Möglichkeit ihrer Einbeziehung in die Dogmatik. ²⁸ S. dazu V.

²⁹ Insoweit folge ich J. Schulz, Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie, (unveröff.) Hagen Habilitation 1985, S. 253 (ff.).

ziehen zu können, war deren gemeinsame Eigenschaft: Sie waren beide Aussagen und deshalb integrierbar. Davon zu unterscheiden ist die nun zu erörternde Frage, ob sie auch einbezogen werden dürfen. Die allgemeinste Ebene, auf welcher diese Frage diskutiert werden kann, ist der prinzipielle Unterschied zwischen normativen und deskriptiven Aussagen²⁹. Deskriptive Sätze, also Aussagen über Gegenstände der Wirklichkeit, betreffen Sachverhalte, die außerhalb der Aussage selbst liegen. Der Gegenstand der Aussage ist hinsichtlich seiner Existenz und seiner Eigenschaften völlig unabhängig von der Aussage über ihn. Am Beispiel: Der Satz: „Durch den Betrieb eines Personenaufzuges ohne Fahrkorbtür können Menschen schwer verletzt oder sogar getötet werden“ bezeichnet eine Eigenschaft von Fahrstühlen, die auch dann unverändert bliebe, wenn jener Satz nie ausgesprochen oder auch nur gedacht worden wäre. Die Gefährlichkeit der Fahrstühle wird durch jenen Satz weder begründet noch geändert; sie besteht unabhängig von ihm. Sie bliebe sogar dann unverändert, wenn das erforderliche statistische Material noch gar nicht erhoben wäre und ein solcher Satz deshalb noch gar nicht gebildet werden könnte. Demgegenüber thematisieren *normative Sätze* – und insbesondere Rechtsnormen – Sachverhalte, die nicht unabhängig von ihnen vorhanden sind, sondern die gerade durch sie eintreten sollen. Damit sind die Aussage und der in ihr ausgesagte Sachverhalt gerade nicht unabhängig voneinander. Vielmehr ist die Norm Entstehungs-, Änderungs- oder Erhaltungsbedingung für den in ihr beschriebenen Sachverhalt. Am Beispiel: Der Satz: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) beschreibt keine reale Willensbildung irgend eines unabhängig von ihm selbst bestehenden Staates. Vielmehr begründet er die Verpflichtung, daß in der Bundesrepublik alle Staatsgewalt vom Volke ausgehen soll. Daß sie dies soll, ist gerade in der genannten Bestimmung angeordnet; und wenn sie vom Volke ausgeht, so tut sie dies gerade wegen der genannten Norm.

Dieser Unterschied ist kein zufälliger oder nebensächlicher. Vielmehr entsprechen die genannten Eigenschaften deskriptiver und normativer Sätze genau dem Sinn der jeweiligen Aussage: Ein Satz über Wirklichkeit ist nur dann sinnvoll, wenn er sich auf ein außerhalb seiner selbst existierendes Phänomen bezieht. Erst dann kann überhaupt die Diskussion darüber beginnen, ob der Satz wahr ist, also die von ihm beschriebene Wirklichkeit zutreffend abbildet. *Deskriptive Sätze sind* als Aussagen über Wirklichkeit demnach notwendig *faktenorientiert*, wenn sie sinnvoll sein sollen. Die damit thematisierte Eigenschaft haben normative Aussagen gerade nicht. Sie sind nur dann sinnvoll, wenn sie keine Aussagen über eine schon vorhandene und auch gar nicht anders denkbare Realität enthalten. Eine Norm, welche anordnet, daß man die Hände nicht in das Feuer halten soll oder beim Treppensteigen stets auf den Füßen und nicht auf den Händen zu laufen habe, ist sinnlos. Sinnvoll ist eine Norm erst dann, wenn sie einen Sachverhalt anordnet, der *nicht* schon von selbst vorhanden ist oder vorhanden sein wird³⁰. *Rechtsnormen sind* in diesem Sinne demnach nicht faktenorientiert, sondern *kontrafaktisch*³¹. Darin liegt ihr Gestaltungszweck:

²⁹ Dazu eingehend S. Paulson ARSP 1979, 1, 3 ff.

³⁰ Die letztere Alternative kann etwa eintreten, wenn durch eine Norm ein vorhandener Sachverhalt stabilisiert werden soll, der sich in Erosion befindet. Dazu zählt etwa eine Anordnung, wonach bei Flügen über den Ozean stets Flugzeuge mit mehr als 2 Triebwerken einzusetzen sind, wenn technische Entwicklungen eintreten, welche auch Flüge mit nur 2 Triebwerken als hinreichend sicher erscheinen lassen.

³¹ Dem steht eine Betrachtung entgegen, welche in Rechtsnormen nichts anderes als Kausalsätze sieht; so E. Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 3. A., 1982, S. 1 ff. Zwar kann eine rein deskriptive Betrachtung auch rechtliche Aussagen

Das Recht als Medium der sozialen Ordnung und Gestaltung kann nur dann sinnvoll sein, wenn es nicht alles so läßt, wie es ohnehin schon ist. Wegen der beschriebenen Kontrafaktizität kann eine sinnvolle Rechtsnorm niemals im deskriptiven Sinne wahr sein. Erhebt sie gar nicht den Anspruch, die in ihr geregelte Wirklichkeit zutreffend abbilden zu wollen, so kann sie die für deskriptive Sätze geltenden Wahrheitskriterien nicht sinnvoll erfüllen. Dementsprechend wäre die Beschreibung des Verhältnisses einer Norm zu dem in ihr geregelten Sachverhalt mit dem Begriff der Unwahrheit geradezu tautologisch. Am Beispiel: Der Satz: „Die Wohnung ist unverletzlich“ (Art. 13 Abs. 1 GG) würde jedem Einbrecher nur ein Lächeln entlocken.

Normative und deskriptive Sätze weisen demnach im Verhältnis zu dem in ihnen jeweils thematisierten Gegenstand völlig entgegengesetzte Bedingungen hinsichtlich ihrer Sinnhaftigkeit auf. Der Unterschied läßt sich verkürzt so beschreiben: Deskriptionen beschreiben ohnehin Existierendes, Normen beschreiben (noch) Nicht-Existierendes. In diesem völlig konträren Gehalt liegt eine bewußte und gewollte Differenz; sie führt zum

2. Zwischenergebnis: *Ist das Recht auf die Änderung des Existierenden angelegt, so droht dieser Gestaltungszweck und -auftrag auf der Auslegungsebene rückgängig gemacht zu werden, wenn in die Dogmatik Sätze über die (unveränderte) Wirklichkeit einfließen.* Bewirkte die Rezeption jener Sätze in die Rechtsanwendung genau das Gegenteil desjenigen, was das Recht intendierte, so hätte sie in der Rechtsanwendung nicht nur keinen Platz; sie wäre vielmehr geradezu ausgeschlossen.

b) Dieses Zwischenergebnis ist allerdings in zweifacher Hinsicht korrekturbedürftig. Der erste Grund hierfür liegt in dem Umstand, daß das Recht – etwa im Unterschied zur Logik oder Mathematik – kein isoliertes Aussagesystem darstellt. Es besteht vielmehr aus Sätzen, die von einer normgebenden Instanz angesichts einer als defizitär empfundenen und daher zu gestaltenden Wirklichkeit erlassen wurden. Das Recht ist in seiner Entstehung somit auch wirklichkeitsgeprägt; umgekehrt soll es gerade in der Realität wirken. Beides setzt eine Vorstellung von Wirklichkeit voraus: Wer gar keine Kenntnis von Menschen, ihrem Handeln und Zusammenwirken hat, kann mit dem Satz: „Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln“ (Art. 8 Abs. 1 GG) nichts anfangen³². Er kann ihn weder verstehen noch anwenden noch die Wirklichkeit an seinem Maßstab beurteilen. Aber dies ändert nichts daran, daß die vorausgesetzte Differenzierung von normativen und deskriptiven Sätzen ihre Gültigkeit behält. *Das Recht erhält seinen Sinn und seine Bedeutung auch als potentieller Gegenentwurf zu der von ihm geregelten Wirklichkeit.* So ist zumindest nicht ausgeschlossen, daß man Elemente des Gesollten in Abgrenzung zu

ermöglichen. Dann ist etwa Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG die kausale Bedingung dafür, daß die Bundesrepublik ein demokratischer Staat ist. Aber eine solche Betrachtung schöpft den Gehalt der genannten Vorschrift nicht aus, indem sie gerade ihr Spezifikum übersieht. Wenn nämlich der Gesetzgeber, eine Behörde oder ein Richter Fragen des Staatswillensbildungsprozesses zu entscheiden hätte, könnte ein bloßes Kausalgesetz nicht erklären, warum jene Instanzen durch Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet wären. Nur wenn sie diese Bestimmung beachten, ist Art. 20 GG für die demokratische Staatsform wirklich kausal. Aber ob sie es tun, ist durch Kausalitätserwägungen nicht feststellbar. Erst recht wäre nicht feststellbar, ob sie es tun müssen. Hier tritt ein weiteres Element hinzu, nämlich die Geltung des GG. Dieses begründet erst die Anwendungspflicht. Sie fließt eben nicht aus der Kausalität, sondern aus der Geltung des Rechts. Dementsprechend können Rechtsnormen im Rechtsanwendungsprozess zumindest nicht vollständig als Kausalgesetze, sondern lediglich als „hypothetische Kausalgesetze“ bezeichnet werden. Dabei bringt allerdings das Wort „hypothetisch“ wenig klar zum Ausdruck, was die Geltung deutlich macht: Nämlich den konstitutiven und nicht bloß beschreibenden Charakter des Rechts.

³² Zu den handlungstheoretischen Implikationen dieser Norm etwa G. Le Bon, Psychologie der Massen, 13. A., 1953; A. Etzioni, Demonstration Democracy, 1970; Kostaras, Zur strafrechtlichen Bedeutung der Demonstrationdelikte unter Berücksichtigung von verfassungstheoretischen und massenpsychologischen Aspekten, 1982, S. 42 ff.

Beste
nen.
Dann
Zwisch
terschü
matik
Rechts
charakt
hang u
dogmat
...
Innen
als „w
Unters
Zulässig
verstan
len als
zierung
nämlich
einen“
in Betr.
als dem
den kör
tik der
Erkenn
aber, w
schen S
ten auf
nung w
Prakt
schöpfung
richtige
prüfung
Sätzen
men rü
nicht je
rechtlie
nach d
Recht.
3. Die
Nahel
Frage
Bindu
nung
wert,
inhalt
nicht
wärtig
dem t
gibt;
Lage
Instan
einge
Gese
hält.
maßstä
bung
...
1
1
1
1983
1
schon

Bestehenden erkennt. Aber dazu muß man das Bestehende erst kennen.

Damit ist bereits die Brücke zur zweiten Korrektur des Zwischenergebnisses geschlagen. Sie bezieht sich auf den *Unterschied zwischen Rechtsnormen und Rechtsdogmatik*. Dogmatik erkennt Recht, aber dogmatische Sätze sind keine Rechtsnormen³⁵. Ihnen fehlt es an dem für Rechtsnormen charakteristischen Setzungs- und Legitimationszusammenhang und an der diesen eigenen Geltung. Vielmehr weisen dogmatische Aussagen manche Übereinstimmung mit deskriptiven Sätzen auf. Sie beziehen sich auf – unabhängig von ihnen selbst vorhandene – Phänomene und können sinnvoll als „wahr“ oder „unwahr“ qualifiziert werden. Schon diese Unterschiede würden es möglicherweise rechtfertigen, die Zulässigkeit der Rezeption von „Wirklichkeit“ in das Recht – verstanden als Summe von Rechtsnormen – anders zu beurteilen als diejenige in die Rechtsdogmatik. Aber diese Differenzierung soll hier zunächst dahingestellt bleiben. Sie bliebe nämlich dann theoretisch, wenn für eine Rechtsordnung oder einen ihrer Teile nur ein einziges dogmatisches Aussagesystem in Betracht kommen würde, also nur eine einzige Dogmatik als dem von ihr beschriebenen Recht adäquat angesehen werden könnte. Dann würde nämlich die einzig zulässige Dogmatik der Rechtswissenschaft genau so alternativlos sein wie ihr Erkenntnisgegenstand, die Rechtsordnung. Genau dieses ist aber, wie zahlreiche wohl begründete Aussagen zu dogmatischen Streitfragen und die große Zahl „vertretbarer“ Antworten auf manche Fragen zeigt, jedenfalls in einer Rechtsordnung wie derjenigen der Bundesrepublik nicht der Fall.

Praktisch bleibt demnach in zahlreichen Fällen trotz Ausschöpfung aller rechtlichen Argumente die Frage nach der richtigen Begründung noch offen. Dies gibt Anlaß zu Überprüfung der Frage, ob tatsächlich jede Einbeziehung von Sätzen über „Wirklichkeit“ den Sinn kontrafaktischer Normen rückgängig machen würde, neu. Vermag die Dogmatik nicht jeder Norm in jedem Fall eine eindeutige, einzig richtige rechtliche Begründung zu entnehmen, so stellt sich die Frage nach der Reichweite der Bindung der Begründung an das Recht.

3. Die Bindung der Rechtsanwendung an das Gesetz

Naheliegender Anknüpfungspunkt zur Beantwortung dieser Frage ist für das in der Bundesrepublik geltende Recht die *Bindung der rechtsanwendenden Instanzen an die Rechtsordnung* (Art. 20 Abs. 3³⁶, 97 Abs. 1 GG). Diese Bindung fordert, daß der Anwendungsakt mit dem angewandten Recht inhaltlich vereinbar ist. Mindestanforderung ist dabei, daß er nicht gegen das geltende Recht verstößt. Dabei besteht gegenwärtig weitgehend Einigkeit darüber, daß es einerseits die aus dem Gesetz hergeleitete „einzig richtige Entscheidung“ nicht gibt; daß aber andererseits das abstrakte Recht durchaus in der Lage ist, den Entscheidungsfreiraum der rechtsanwendenden Instanzen einzuengen³⁵. Die Gesetzesbindung ist demnach eingehalten, wenn die Entscheidung sich im Rahmen der vom Gesetz eröffneten und damit rechtlich zulässigen Alternativen hält. Ob die Entscheidung dies tut, läßt sich allerdings regelmäßig nicht durch bloße Evidenz, sondern erst durch Begründung feststellen. *Rechtsbindung verlangt demnach Begründ-*

*barkeit*³⁶ eines *Rechtsanwendungsaktes aus dem anwendbaren Recht*. Damit ist Dogmatik nicht nur ein wissenschaftliches Desiderat, sondern zugleich rechtliche Aufgabe: Sie ist dasjenige Medium, welches das Bindungsgebot überhaupt erst einlöst³⁷. Sie führt so zusammen:

- das dargestellte Gebot der *Bindung an das Gesetz* durch Begründung;
- die Aufgabe der *demokratischen Legitimation* der Rechtsanwendung (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), die – soll sie nicht leeres Desiderat bleiben – praktisch eingelöst werden muß; ein Mittel dazu ist die Bindung der Rechtsanwendung an das demokratisch gesetzte Recht³⁸;
- den *Wissenschaftsanspruch der Rechtswissenschaft*, also den Anspruch, verifizierbare – oder genauer: falsifizierbare³⁹ – Aussagen begründen zu können.

Auf diese Weise ist die Frage nach dem obligaten Bezugssystem der Begründbarkeit von Entscheidungen und damit der Rechtsdogmatik beantwortet. Das Grundgesetz geht davon aus, daß dieses mit den Begriffen „Gesetz“ (Art. 97 Abs. 1 GG) bzw. „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) umschrieben ist. Wie auch immer der staatsrechtlich nicht eindeutige Begriff des „Gesetzes“⁴⁰ oder gar derjenige eines davon offenbar verschiedenen „Rechts“⁴¹ verstanden werden kann: Indem Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG das Postulat der Begründbarkeit von Rechtsanwendung auf den rechtlichen Bereich beziehen, nennen sie jedenfalls das maßgebliche Bezugssystem für die Zulässigkeit möglicher Begründungen. Ohne Begründbarkeit aus dem Gesetz keine Bindung an das Gesetz – dieser Grundsatz ist nicht nur wegen der allgemeinen Eigenarten normativer Aussagen rechtstheoretisch zwingend; er ist auch positiv – rechtlich angeordnet. *Ein Rechtsanwendungsakt, der aus dem anwendbaren Recht überhaupt nicht begründbar wäre, sondern nur auf außerrechtliche Argumente gestützt werden könnte, wäre demnach rechtlich fehlerhaft*. Allerdings setzen die genannten Verfassungsnormen die Anwendbarkeit von Rechtsnormen voraus. Soweit keine Rechtsnorm anwendbar ist, bleibt die Rechtsbindung folgenlos. Insbesondere besagen Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG nicht, daß die Begründung nur aus Rechtsnormen erfolgen dürfe, also auf das geltende Recht als Bezugssystem begrenzt sei. Eine solche Regelung kann zwar in anderen Rechtsnormen – etwa dem Vorbehalt des Gesetzes – enthalten sein; in Art. 97 Abs. 1 GG findet sie sich ebensowenig wie in Art. 20 Abs. 3 GG⁴². Damit entsteht Raum für andere als rechtliche Gründe.

3. Zwischenergebnis: *Außerrechtliche Gründe sind zulässig, soweit keine Rechtsnorm anwendbar ist oder soweit aus einer anwendbaren Rechtsnorm hergeleitete Gründe nicht entgegenstehen*. Fest steht damit: Es darf in der Dogmatik gegen eine rechtliche Begründung keine Berufung auf außerrechtliche Begründungen geben. In diesem Sinne ist gegen einen rechtlichen Begründungssatz die Berufung auf einen ihm widersprechenden außerrechtlichen Begründungssatz rechtlich unzulässig. Demnach läßt sich formulieren: *Wo keine rechtlichen Begründungsmaßstäbe mehr vorhanden sind, können*

³⁵ Davon zu unterscheiden ist die Frage nach einem Begründungsgebot; also die Frage, wann die zur Einhaltung der Rechtsbindung erforderlichen Gründen offengelegt werden müssen. Zum Begründungsgebot sehr weit *Lücke*, Begründungsgebot und Verfassung, 1987, S. 37 ff.

³⁶ *Koch/Rüssmann* aaO, S. 112 f.

³⁷ S. dazu für das BVerfG näher *C. Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S. 135 ff.

³⁸ Eingehend hierzu *B. Schlink* DSt 1980, 73 ff.

³⁹ Näher hierzu *G. Roellecke*, Der Begriff des positiven Gesetzes und das GG, 1969; *C. Starck*, Der Gesetzesbegriff des GG, 1970.

⁴⁰ Zu dieser Formel näher *Gusy* JuS 1983, 189, 193 f.

⁴¹ Zum Unterschied zwischen dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes *Gusy* JuS 1983, 189, 191.

³⁵ Darauf zielt insbesondere die terminologische Differenzierung bei *Kelsen* aaO (Fn. 20).

³⁶ Dazu näher *R. Wahl* DSt 1981, 485 (zum Vorrang der Verfassung); *Gusy* JuS 1983, 189 (zum Vorrang des Gesetzes).

³⁷ Eingehend hierzu und zum folgenden *H. H. Rupp* aaO, S. 1772 ff.; s. schon plastisch *Kelsen* aaO, S. 346 ff.

und müssen außerrechtliche Maßstäbe zur Anwendung gelangen. Hier ist somit der zulässige und mit Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG vereinbarte Ort der Einbeziehung von Sätzen über „Wirklichkeit“ in die Dogmatik. In diesem Rahmen beginnt ihr möglicher, aber auch zulässiger Standort dort, wo die rechtlichen Begründungsmöglichkeiten enden.

Auf diese Weise löst sich auch das im 2. Zwischenergebnis aufgezeigte Dilemma⁴³, wenn das 3. Zwischenergebnis korrekt angewandt wird. Dieser Anwendungsvorgang läßt sich methodisch so reformulieren:

4. Zwischenergebnis: In der Begründung gilt der Vorrang der rechtlichen vor den außerrechtlichen Begründungselementen⁴⁴. Soweit die am Recht orientierten Erkenntnismöglichkeiten reichen, sind allein sie heranzuziehen⁴⁵. Und soweit sie umgekehrt kein Kriterium angeben, kann der Geltungsanspruch des Rechts durch die Einbeziehung außerrechtlicher Standards auch nicht rückgängig gemacht werden. Denn wo keine erkennbare Anordnung ist, kann einer solchen auch nicht zuwidergehandelt werden. Diese Voraussetzung läßt sich allerdings idealtypisch einfacher nennen als methodisch im Einzelfall konkretisieren.

III. Möglichkeiten von Aussagen über „Wirklichkeit“ in der Dogmatik

Bislang ist der Ort der Einbeziehung von Aussagen über „Wirklichkeit“ in die Rechtsdogmatik allein negativ bestimmt worden. Danach sind Aussagen über „Wirklichkeit“ ein vielfach notwendiger Teil der Dogmatik⁴⁶. Sie dürfen in letztere aber nur einbezogen werden, sofern dafür die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen vorliegen. Diese Vorbedingungen sind: (1) Die Einbeziehung wirklichkeitsorientierter Aussagen darf nicht den Geltungsanspruch der Rechtsnormen als kontrafaktische Aussagen rückgängig machen⁴⁷. (2) Die rechtlichen Maßstäbe für die Begründung des konkreten Rechtsanwendungsaktes müssen ausgeschöpft werden⁴⁸. Im folgenden soll versucht werden, den danach zulässigen Ort der Einbeziehung von „Wirklichkeit“ in die Dogmatik nicht mehr bloß negativ, sondern positiv zu bestimmen.

1. Die juristische Begriffsbildung

Erstes zulässiges „Einfallstor“ wirklichkeitsbezogener Aussagen in die Rechtsdogmatik ist die juristische Begriffsbildung, also die Bildung derjenigen Ober- und Untersätze, welche die in den Rechtsnormen verwendeten Termini in fortlaufender Kette von den allgemeinen Oberbegriffen hin zu den speziellen Unterbegriffen immer konkreter und damit immer anwendungsfähiger machen. Wie die Rezeption stattfindet, zeigt ein Blick auf den Vorgang der dogmatischen Begriffsbildung⁴⁹.

⁴³ S. o. II 2.

⁴⁴ „Rechtliche“ Begründungselemente sind solche, deren Einführung in den Begründungsvorgang rechtlich geboten sein kann; oder umgekehrt (nach R. Alexy): „Rechtliche“ Begründungselemente sind solche, deren Nichtberücksichtigung eine Begründung rechtlich fehlerhaft machen kann. Maßgeblich ist, daß die Begründung bei Nichtberücksichtigung abstrakt rechtlich fehlerhaft werden kann; nicht, daß sie dies auch konkret wird; letzteres wäre allein bei „tragenden“ rechtlichen Erwägungen der Fall und nicht etwa bei solchen, die wegen anderer rechtlicher Erwägungen im Einzelfall nicht tragend geworden sind.

⁴⁵ C. Starck JZ 1972, 609, 613: „Empirie gibt es nur in mehr oder weniger offenen Deutungs- und Bezugsrahmen der rechtlichen Normen.“

⁴⁶ S. o. I, II.

⁴⁷ S. o. 3. Zwischenergebnis.

⁴⁸ S. o. 4. Zwischenergebnis.

⁴⁹ Zum folgenden insbes. A. Podlech JbRSozRth 2, 1972, S. 491, 499 ff.; vorzüglich strukturiert ist dieser Vorgang bei G. Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1979, S. 79 ff., 95 ff., 113 ff., 137 ff.; von der Sprachwissenschaft her – und damit partiell anders ansetzend – Koch/Rüssmann aaO, S. 188 ff.; Überblick auch bei Starck JZ 1972, 609, 612 f.

a) Ausgangspunkt der Begriffsbildung ist die hypothetische Zuordnung des zu begründenden Rechtsanwendungsaktes zu einer Rechtsnorm. Ist grundsätzlich jede Maßnahme der Rechtsanwendung an die gesamte Rechtsordnung gebunden, so wäre sie theoretisch auch an allen geltenden Rechtsnormen zu überprüfen. Da ein derartiges Verfahren aber einerseits viel zu aufwendig, andererseits wenig ertragreich wäre, ist hier die Vorauswahl in „möglicherweise anwendbare“ und „abwegige“ Normen praktisch unvermeidlich. Diese Anwendungshypothese, also die Auswahl derjenigen Bestimmungen, an welchen die Prüfung im Einzelfall vorgenommen werden soll, ist ihrerseits methodisch kaum steuerbar und daher für das Einfließen jeder Art von Vorverständnissen offen. Daher ist jene Hypothese aber auch kaum begründbar: Wer das anwendbare Recht nicht „gesehen“ hat, kann auch nicht begründen, warum er es nicht angewandt hat⁵⁰. Fehlt hier zumindest praktisch die Begründungsmöglichkeit, so ist insoweit für Dogmatik und damit für ein Einfließen von Wirklichkeit in sie kein Raum.

b) Mit dem Auffinden der „einschlägigen“ Normen beginnt sodann der eigentliche Begründungsvorgang und damit das Anwendungsfeld der Dogmatik⁵¹. Hier entsteht zunächst die Frage nach der „Bedeutung“ des anzuwendenden Rechts für den Fall und damit die Notwendigkeit der Bildung von Definitionen im Wege der Ober- und Untersatzbildung. Ausgangspunkt der Antwort darauf, was der Rechtsanwender eigentlich tut, wenn er definiert, ist der Umstand, daß ein Begriff seine Definition nicht enthält. Auch die tradierten juristischen Methoden leisten regelmäßig keine Definition. Sie mögen einzelne Fälle oder Fallgruppen aus dem Anwendungsbereich einer Norm ausschließen, wenn etwa der Gesetzgeber bestimmte Fälle mit der Norm positiv regeln wollte und sich dies feststellen läßt; oder aber umgekehrt andere Fälle in ihn einschließen, wenn er etwa bestimmte Fälle aus dem Anwendungsbereich einer Norm durch eine Ausnahmeregelung herausgenommen hat. Daraus mögen sich für die Umschreibung der in der Norm enthaltenen Begriffe Anhaltspunkte ergeben; eine Definition findet sich so aber regelmäßig nicht.

Vielmehr ist der Rechtsanwender mehr oder weniger selbst darauf verwiesen, eine eigene Definition zu bilden. Er ist darauf um so eher angewiesen, wenn es noch keinen begründeten Definitionsvorschlag gibt; existiert demgegenüber ein solcher, so kann er diesen übernehmen, soweit er für den zu beurteilenden Rechtsanwendungsfall „paßt“. Ausgangspunkt des Definitionsvorganges ist so der zu beurteilende tatsächliche oder hypothetische „Fall“, dessen Beantwortung die Dogmatik begründen soll. Eine Quelle für eine Auslegungshypothese kann ein ohnehin vorhandener Sprachgebrauch sein, indem der Rechtsanwender die Umgangs- oder eine beteiligte Fachsprache heranzieht. Ein Rückgriff auf solche schon vorhandenen Verwendungen ist insbesondere sinnvoll, wenn sie bereits bei Gesetzeserlaß feststellbar waren. Dann liegt es zumindest nahe, daß der Normgeber, wenn er einen bestimmten Begriff verwendet hat, diesen in der üblichen Weise verstanden hat und verstanden wissen sollte. Eine solche, allerdings widerlegbare Annahme liegt um so näher, als dem Normgeber gar keine andere Möglichkeit als die Sprache zur Verfügung steht, das rechtlich Gesollte zum Ausdruck zu

⁵⁰ Beispiele: BVerfGE 28, 36 ff.: Hier wurde die Anwendbarkeit des entscheidungserheblichen Art. 17 a GG „dahingestellt“ sein lassen (ebd., S. 47); BVerfGE 39, 334 ff. = JZ 1975, 561 (dazu Esser, S. 555): Hier wurde der anwendbare Art. 33 Abs. 2 GG nicht einmal angeprüft, sondern nur – in Klammern – erwähnt (S. 354).

⁵¹ Zu diesem Anwendungsfeld o. II 3.

bringen. Die Norm erschließt sich so in hohem Maße, wenn auch nicht ausschließlich, durch das Gesagte. Wenn eine rechtliche Regelung überhaupt sinnvoll sein soll, muß sie verständlich sein; d. h. bei dem Rechtsanwender irgendwelche Bedeutungsassoziationen begründen. Und seine intendierte Gestaltungsfunktion kann das Recht nur wahrnehmen, wenn die Bedeutungsassoziationen hinsichtlich des Gesagten beim Normgeber und beim Normanwender möglichst weitgehend übereinstimmen. Da der normgebenden Instanz überwiegend die Norm zur Steuerung der Bedeutungsassoziationen beim Normanwender zur Verfügung steht, liegt es um so näher, daß er sich zu deren Steuerung an schon vorhandene Regeln der Sprachverwendung hält. Denn diese sind die einzige „Brücke“ zwischen den Bedeutungshypothesen der rechtssetzenden und denjenigen der rechtsanwendenden Instanzen. Insoweit ist der Rückgriff auf einen stabilisierten Sprachgebrauch naheliegend und jedenfalls nicht sinnwidrig. Ist ein solcher allerdings nicht vorhanden, so bleibt dem Rechtsanwender keine andere Möglichkeit, als daß er die anzuwendenden Begriffe selbst bildet.

Wie können nun in seine solche Begriffsbildung Aussagen über „Wirklichkeit“ einfließen? Elementarste Voraussetzung dafür ist zunächst, daß sich die maßgebliche Rechtsnorm überhaupt auf die Gestaltung außerrechtlicher Phänomene bezieht. Ist dies nicht der Fall, weil etwa nur rechtliche Qualifikationen rechtlicher Phänomene vorgenommen werden, so kann die maßgebliche Begriffsbildung nicht wirklichkeitsgeprägt sein, weil es in solchen *nicht-deskriptiven Begriffen* keine bedeutungsrelevanten Aussagen über „Wirklichkeit“ gibt⁵². Anders ist dies, wenn das Gesetz sich auf „Wirklichkeit“ bezieht. Dann ist es darauf angewiesen, Begriffe zu verwenden, welche die Beschreibung oder Qualifikation von „Wirklichkeit“ ermöglichen. Solche *deskriptiven Begriffe* finden vielfach auch in anderen Sprachen als der Rechtssprache Verwendung. Verwendet die Rechtsordnung solche deskriptiven Begriffe, so liegt es nahe, daß der Rechtsanwender auf der Suche nach Definitionshypothesen auf die vorfindbaren umgangs- oder fachsprachlichen Regeln zurückgreift. Finden so die Regeln über deskriptive Begriffsverwendung auch in die Sprache der Dogmatik Eingang, so ist die *juristische Begriffsbildung jedenfalls ein Mechanismus zur Rezeption von Aussagen über Wirklichkeit in die Dogmatik*.

c) Damit ist zwar die faktische Möglichkeit einer derartigen Rezeption beschrieben; noch nicht geklärt sind aber ihre rechtlichen Bedingungen und Grenzen. Entsprechend dem Vorrang der rechtlichen vor den außerrechtlichen Begründungen⁵³ ist die Zulässigkeit einer wirklichkeitsorientierten Begriffsbildung in der Dogmatik vom Recht her zu beurteilen. Letzter Maßstab für die Zulässigkeit einer dogmatischen Begriffsbildung kann demnach nur das geltende Recht sein. Besonders deutlich wird dies in 3 Fällen:

– Ergibt die wirklichkeitsorientierte Auslegung eines Rechtsbegriffs keinen eindeutigen Sprachgebrauch, so hilft sie allein nicht weiter. Maßgebliches Kriterium der Begriffsbildung kann dann auch das geltende Recht sein.

– Ergibt die wirklichkeitsorientierte Auslegung eines Rechtsbegriffs mehrere, einander möglicherweise sogar ausschließende Sprachgebräuche, so bedarf es des Maßstabs für die Auswahl der im Einzelfall anzuwendenden Definition. Als solcher Maßstab kommt auch das geltende Recht in Betracht.

– Ergibt die wirklichkeitsorientierte Auslegung eines Rechtsbegriffs einen einheitlichen Sprachgebrauch, so kann die Rechtssprache davon immer noch abweichen. Das gilt etwa dann, wenn den rechtssetzenden Instanzen dieser Sprachgebrauch nicht bewußt war oder sie bewußt von ihm abweichen wollten.

Demnach kommt in keinem Fall eine pauschale Rezeption des außerrechtlichen Sprachgebrauchs in die Dogmatik in Betracht. Vielmehr ist letzte Stufe der Begriffsbildung notwendig die *Prüfung, ob der außerrechtlich gefundene Begriff mit denjenigen Rechtsnormen, zu deren Konkretisierung er herangezogen werden soll, sowie der übrigen Rechtsordnung vereinbar ist*. Dies ist dann der Fall, wenn jene Begrifflichkeit den maßgeblichen Rechtsnormen nicht widerspricht. Maßstab für diese Prüfung können nur rechtliche und keine außerrechtlichen Erwägungen sein; hier ist demnach für ein Einfließen von „Wirklichkeit“ kein Raum. Zur Ermittlung dieser Maßstäbe kommt den *juristischen Methoden*, insbesondere der historischen und systematischen Auslegung, zentrale Bedeutung zu. Deren Stellenwert erweist sich also weniger bei der Findung als vielmehr bei der Kontrolle schon gefundener dogmatischer Sätze⁵⁴. Hier kann insbesondere überprüft werden, ob die gefundene dogmatische Formel den möglichen Wortsinn überschreitet⁵⁵; ob sie Fälle einschließt, die nach der Entstehungsgeschichte ausgeschlossen bleiben sollten; oder Fälle ausschließt, die nach jener Genese eingeschlossen werden sollten. Weiter kann überprüft werden, ob Fälle erfaßt werden, die systematisch von einer anderen Norm erfaßt werden (sollen). Ist die außerrechtlich gefundene dogmatische Formel diesen Maßstäben adäquat, so ist sie zur Konkretisierung desjenigen Rechtsbegriffs, auf welchen sie sich bezieht, zulässig. Diese Zulässigkeit ergibt sich aber gerade nicht aus dem zugrunde gelegten Sprachgebrauch, sondern aus dem angewandten Recht. Damit verengt und konkretisiert sich zugleich der mögliche Raum für die *Rezeption wirklichkeitsbezogener Aussagen in die dogmatische Begriffsbildung: Sie ist zulässig, soweit sie einer methodengerechten Überprüfung am angewandten Recht standhält*. Für die geschilderten 3 Fallgruppen bedeutet dies:

– Ergibt sich aus einem vorhandenen, wirklichkeitsorientierten Sprachgebrauch kein eindeutiger Sprachgebrauch, so kann der dogmatische Begriff praktisch nur am Recht gebildet werden. Die Rezeption solcher wirklichkeitsorientierter Formeln ist dann mangels Ertrages dogmatisch sinnlos.

– Ergeben sich aus wirklichkeitsorientierten Sprachgebräuchen mehrere mögliche Begriffsverwendungen, so sind alle diejenigen Begriffsverwendungen rechtlich unzulässig, welche durch das angewandte Recht ausgeschlossen sind. Alle nicht ausgeschlossenen Verwendungen sind demgegenüber rechtlich zulässig.

– Wollte die Rechtsordnung nachweisbar von den wirklichkeitsorientierten Sprachgebräuchen abweichen, so sind alle derartigen Begriffsverwendungen rechtlich unzulässig. Die zulässige dogmatische Begrifflichkeit ist dann allein am geltenden Recht zu bilden.

Ist die Bildung jener dogmatischen Begriffe in hohem Maße vom Vorverständnis des Rechtsanwenders geprägt, so gilt dies für die hier vorzunehmende Überprüfung in weit geringerem Maße. Stehen hier jedenfalls auch objektivierbare Kriterien

⁵² Definitionen für Begriffe wie „Grundrechte“, „mittlere Landesbehörde“ oder „Bundesgesetz“ können demnach nicht wirklichkeitsgeprägt sein, da keine entsprechende „Wirklichkeit“ vorhanden ist.

⁵³ S. dazu o. II 3.

⁵⁴ Zum dogmatischen Inventions- und Kontrollzusammenhang s. näher B. Schlink DSt 1980, 73, 87 ff.

⁵⁵ Daher erfährt die These vom Wortlaut als Grenze der Auslegung ihre relative Berechtigung; dazu Hesse, FS Scheuner, 1973, S. 123, 139; O. Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze, 1988.

zur Verfügung, so ist hier demnach auch der Ort möglicher Enttäuschungen und Korrekturen derartiger „Vor-Urteile“.

d) 5. Zwischenergebnis: Rechtliche Voraussetzungen und Grenzen der Rezeption von Wirklichkeit in die dogmatische Begriffsbildung lassen sich demnach so zusammenfassen:

- Anwendbarkeit einer Rechtsnorm, die jedenfalls auch auf die Gestaltung von „Wirklichkeit“, also jedenfalls nicht allein auf die Gestaltung rechtlich begründeter oder geprägter Phänomene gerichtet ist⁵⁶;
- Vorhandensein eines erkennbaren außerrechtlichen Sprachgebrauchs für in der Norm enthaltene Rechtsbegriffe⁵⁷;
- rechtliche Zulässigkeit der Übernahme dieses Sprachgebrauchs in die Dogmatik, also Vereinbarkeit der Übernahme dieses außerrechtlichen Sprachgebrauchs mit dem rechtlich intendierten Sprachgebrauch⁵⁸.

2. Verweisungsbegriffe

„Verweisungsbegriffe“ sind solche Begriffe in Rechtsnormen, welche keine eigenen Rechtsfolgen begründen, sondern zur Begründung der intendierten Rechtsfolgen auf andere, nicht-rechtliche Standards Bezug nehmen⁵⁹. Ist das Kriterium des Nicht-Rechtlichen der einzige konstituierende Faktor des hier verwendeten Begriffs von „Wirklichkeit“⁶⁰, so nehmen derartige Verweisungsbegriffe in der hier verwendeten Terminologie notwendig Bezug auf „Wirklichkeit“. Derartige Begriffe tauchen in der Rechtsordnung in zahlreichen Varianten auf. Hierzu zählen zunächst Begriffe, welche empirische Standards rezipieren. Prototyp dafür ist Art. 6 Abs. 5 GG, welcher den Gesetzgeber verpflichtet, nicht-ehelichen Kindern die „gleichen Bedingungen“ für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen. Wer den hiermit intendierten Auftrag erfüllen will, ist notwendig darauf verwiesen, die realen Lebensbedingungen der letzteren festzustellen, um die Möglichkeit eines Vergleichs mit denjenigen der ersteren nach den Maßstäben „gleich“ und „ungleich“ überhaupt erst zu schaffen⁶¹. Art. 6 Abs. 5 GG macht also die Bestimmung seiner Rechtsfolgen auch von realen Umständen abhängig, welche durch die Rechtsordnung rezipiert werden. Ähnliches gilt etwa hinsichtlich des Übermaßverbotes, wenn es fordert, daß staatliche Eingriffe in die Rechte der Bürger „geeignet“ sein müssen; also eine tatsächliche (!) Förderung ihres Zwecks durch das gewählte Mittel nicht ausgeschlossen ist. In beiden Fällen ist zur Bestimmung der Rechtsfolgen und damit zur Begründung von Rechtsanwendungshandlungen der Rekurs auf „Wirklichkeit“ unvermeidbar. Das gilt in gleicher Weise für die zweite Art von Verweisungsbegriffen, welche nicht auf empirische, sondern auf außerrechtliche normative Standards Bezug nehmen. Solche Rezeptionsvorgänge finden sich etwa dann, wenn auf die „guten Sitten“ (§§ 138 Abs. 1 BGB; 33 a Abs. 1 Nr. 2 GewO) oder die „öffentliche Ordnung“, d. h. die Summe bestimmter sozialer Normen, verwiesen wird⁶². Schließlich können beide Phänomene zusammenkommen, wenn eine Rechtsnorm nebeneinander die Rezeption empirischer und diejenige außerrechtlicher normativer Standards anordnet. Dies ist etwa bei der „sittenwidrigen Schädigung“ (§ 826 BGB) der Fall.

⁵⁶ S. o. IV 1 a.

⁵⁷ S. o. IV 1 b.

⁵⁸ S. o. IV 1 c.

⁵⁹ Zum folgenden schon Starck JZ 1972, 609, 613 f. (insbes. S. 614).

⁶⁰ S. o. I.

⁶¹ S. näher BVerfGE 8, 210, 215; 17, 280, 284; 22, 163, 173; 25, 267, 195 f.

⁶² Zu solchen Verweisungsbegriffen am Beispiel des § 33 a GewO näher Gusy DVBl 1982, 984.

Derartige Verweisungsbegriffe dürfen nicht mit gesetzlichen Verweisungen verwechselt werden. Verweisungen zeichnen sich gerade dadurch aus, daß sie zur Bestimmung des rechtlich Gebotenen auf rechtliche Standards Bezug nehmen; Verweisungsnorm und Verweisungsobjekt sind beide Rechtsnormen. Gerade darin liegt der Unterschied zu den Verweisungsbegriffen: Hier hat das Verweisungsobjekt als solches keine rechtliche Geltung; die Konkretisierung des Verweisungsbegriffs erfolgt somit nicht – auch – durch Rechtsnormen, sondern allein durch den Rechtsanwender⁶³.

Die Besonderheit derartiger Verweisungsbegriffe liegt nicht darin, daß sie Aussagen über „Wirklichkeit“ rezipieren können. Denn diese Fähigkeit kommt auch sonstigen Rechtsbegriffen zu⁶⁴. Vielmehr liegt ihre Besonderheit darin, wie sie wirklichkeitsbezogene Aussagen einbeziehen. Analytisch erfolgt diese Einbeziehung in 3 Stufen.

(1) Zunächst durch Bestimmung desjenigen Wirklichkeitsausschnitts, der zur Beurteilung des konkreten Falles analysiert werden soll. Dessen Bestimmung erfolgt nicht aus der „Wirklichkeit“, sondern aus dem geltenden Recht. Die Rechtsnorm gibt vor, welche Lebensverhältnisse bei der Beurteilung der Gleichheit oder Ungleichheit von ehelichen und nicht-ehelichen Kindern herangezogen werden sollen; welcher Ausschnitt der sozialen Ordnung als maßgebliche „gute Sitten“ in Betracht kommt oder was wofür „geeignet“ sein muß. Erfolgt somit die Bestimmung des maßgeblichen Realitätsausschnitts vom Recht her und damit im Wege der Anwendung von Rechtsbegriffen, so gelten insoweit die für die juristische Begriffsbildung bereits genannten allgemeinen Grundsätze hinsichtlich des Verhältnisses ihrer rechtlichen und „wirklichen“ Elemente zueinander⁶⁵. Insoweit ergeben sich für die Verweisungsbegriffe keine Besonderheiten.

(2) Ist auf diese Weise ermittelt, woher der Rechtsanwender seine Begriffsverwendung erlangen kann, so erfolgt auf der zweiten Stufe die Feststellung der maßgeblichen Bedeutungselemente aus der „Wirklichkeit“. Hier ist der Rechtsanwender darauf verwiesen, Aussagen über diesen Realitätsausschnitt heranzuziehen. Dabei hat er jene „Wirklichkeit“ entweder selbst zu analysieren oder – was näher liegt – vorliegende Analysen anderer wissenschaftlicher Disziplinen heranzuziehen. Auch insoweit entstehen noch keine Besonderheiten zu der allgemeinen juristischen Begriffsbildung.

(3) Solche zeigen sich vielmehr erst auf der 3. und letzten Stufe. Während bei sonstigen Rechtsbegriffen zuletzt stets zu untersuchen ist, ob die außerrechtlich gewonnene Begriffsverwendung der angewandten Norm adäquat ist, ist diese Untersuchung bei Verweisungsbegriffen praktisch nicht möglich. Denn diese begründen im Umfang ihres Verweisungsgehaltes gerade keinen eigenen Entscheidungsmaßstab, sondern enthalten den Auftrag an den Rechtsanwender, diesen Maßstab anderswo zu gewinnen. Fehlt insoweit der Rechtsnorm der eigene Maßstabsgehalt, so kann sie auch keinen Maßstab für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Rezeptionsvorganges enthalten. Oder anders ausgedrückt: Die juristischen Methoden bieten bei Verweisungsbegriffen für die Rezeption außerrechtlicher Begriffsverwendungen in das Recht keine eigenen Kriterien an. Durch diesen Umstand steigt der empirische Gehalt derartiger Begriffe zu Lasten ihrer normativen Bedeutung⁶⁶. Sind so schon keine rechtlichen Maßstäbe dafür vorhanden, was rezipiert wird, so konzentriert sich die Diskussion gegenwärtig eher auf die rechtlichen Anforderungen daran, ob die außerrechtlichen Standards in rechtlich zulässig-

⁶³ Zu dieser Unterscheidung ausführlich U. Battis/C. Gusy, Technische Normen im Baurecht, 1988, Rn. 407 ff. einerseits; Rn. 419 ff. andererseits.

⁶⁴ S. o. IV 1.

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Näher hierzu Lübke-Wolff aaO, S. 131 ff.

ger Weise hergestellt oder festgestellt worden sind. So unterliegen etwa technische Regelwerke als Objekte von Verweisungsbegriffen besonderen rechtlichen Anforderungen an Organisation und Verfahren ihrer Erstellung⁶⁷. Ähnliches soll auch gelten für bestimmte derartige Objekte, die nicht erst hergestellt, sondern nur empirisch festgestellt werden zu werden brauchen. Dieses Feststellungsverfahren kann gleichfalls vom Recht her geprägt sein⁶⁸.

6. Zwischenergebnis: Verweisungsbegriffe zeichnen sich demnach gegenüber sonstigen Rechtsbegriffen nicht dadurch aus, daß sie auch sachhaltig sein können; sondern durch das Maß ihrer Sachhaltigkeit. Soweit der Verweisungsbegriff reicht, bestimmen sich die Rechtsfolgen nicht am Recht, sondern an außerrechtlichen Maßstäben; das Recht verleiht diesen außerrechtlichen Maßstäben eine ihnen sonst nicht zukommende Geltung. Damit ist dies ein Sonderfall notwendiger „Sachhaltigkeit“ der Dogmatik.

3. Lückenfüllung

Schließlich können Aussagen über „Wirklichkeit“ auch dann in die Dogmatik einfließen, wenn das anzuwendende Recht lückenhaft oder offen ist. Müssen nach der Rechtsordnung einerseits jedenfalls bestimmte Rechtsanwendungsakte vollständig begründbar sein und ermöglicht andererseits das angewandte Recht wegen seiner notwendigen Abstraktheit nicht stets eine vollständige rechtliche Begründung, so kann die geschuldete Begründung nur aus außerrechtlichen Standards erfolgen. Und diese außerrechtlichen Standards sind nichts anderes als dasjenige, was hier als „Wirklichkeit“ bezeichnet worden ist⁶⁹. Soll die Begründung vollständig sein, so muß, wo die Möglichkeit der Begründung aus dem Recht aufhört, notwendig die außerrechtliche Begründung beginnen. Im dogmatischen Begründungszusammenhang kommt so der Rezeption außerrechtlicher Aussagen ergänzende Funktion zu. Diese Ergänzung ist notwendig, weil die Rechtsordnung mehr als nur eine einzige richtige Entscheidung ermöglicht. Wo hingegen umgekehrt die Rechtsordnung einmal eine eindeutige Antwort gibt, ist ihre Ergänzung weder notwendig noch zulässig. Dies folgt bereits aus dem dargestellten Vorrang des Rechts im Begründungszusammenhang⁷⁰.

Die Bestimmung desjenigen Bereichs von Dogmatik, welcher einer Rezeption von Aussagen über „Wirklichkeit“ zugänglich ist, erfolgt auch hier demnach vom Recht her. „Lückenhaftigkeit“ ist in der hier verwendeten Terminologie eine Eigenschaft der Tatbestände von Rechtsnormen: Sie kennzeichnet die Tatsache, daß ein Gesetz keine vollständige Ordnung jedes sozialen Konflikts enthält; soweit eine Streitigkeit dem Tatbestand keiner Norm eines Gesetzes unterfällt, liegt demnach eine Lücke vor. „Offenheit“ bezieht sich nach dieser Terminologie auf die Rechtsfolgen von Normen: Nicht jeder soziale Konflikt, welcher dem Tatbestand einer Rechtsnorm unterfällt, erfährt durch diese eine eindeutige, abschließende Regelung. Trotz der prinzipiellen Anwendbarkeit der Norm ist so durch sie allein eine Konfliktlösung nicht möglich⁷¹.

Daß im Rahmen von Lückenhaftigkeit und Offenheit des Rechts eine Rezeption von Aussagen über „Wirklichkeit“ unvermeidlich ist, wird heute praktisch nicht mehr bezweifelt⁷². Deshalb soll sich hier die Darstellung auf das „Wie“ der Rezeption beschränken. Ist Ausgangspunkt jeder Rechtsanwendung die Zuordnung des zu entscheidenden Falles zu einer Rechtsnorm, so ist eine derartige Zuordnung möglich,

wenn eine Norm als tatbestandlich anwendbar erkannt wird. Ist dies nicht der Fall, ist also keine Rechtsnorm einschlägig, so liegt eine Rechtslücke vor⁷³. Die Diskussion um die Frage, ob in einem derartigen Fall der Rechtsanwender unter Rekurs auf außerrechtliche Standards, also „Wirklichkeit“, die maßgebliche Entscheidungsnorm selbst bilden darf, kann und soll hier nicht noch einmal wiederholt werden⁷⁴. Jedenfalls gibt es einzelne normative Aspekte, welche die zulässige Entscheidungsgrundlage auf bestimmte Normen begrenzen und daher einen Rückgriff etwa auf „Wirklichkeit“ ausschließen: Hierzu zählt etwa der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes⁷⁵. Wer außerhalb dieses Bereichs eine Sphäre zulässiger richterlicher Rechtsbildung praeter legem anerkennt, erkennt damit zugleich die Zulässigkeit von Lückenfüllung durch Rückgriff auf Aussagen über „Wirklichkeit“ an.

Ist der zu entscheidende Fall einer Rechtsnorm zugeordnet, so vollzieht sich die Klärung der „Bedeutung“ der Norm für den Fall nach den beschriebenen Grundsätzen der Begriffsbildung⁷⁶. In diesem Rahmen sind die – wie auch immer gebildeten – Bedeutungshypothesen anhand juristischen Methoden auf ihre Vereinbarkeit mit der jeweiligen Norm, also auf ihre Zulässigkeit, zu untersuchen. Dabei tritt regelmäßig das Phänomen auf, daß nicht nur eine einzige, sondern mehrere mögliche Definitionen zulässig sein können, und daß diese unterschiedlichen Definitionen im konkreten Fall zu unterschiedlichen Entscheidungen des Falles führen können. Ist also in solchen Fällen nicht nur eine Definition zulässig, so ermöglicht auch die methodengerecht ausgelegte Norm keine vollständige Bestimmung der „richtigen“ Definition. Ist die Rechtsnorm insoweit unvollständig, so ist hier das Phänomen der Offenheit des Rechts einschlägig. Da der Rechtsanwender nur eine Entscheidung treffen darf, diese aber aus dem anzuwendenden Recht nicht vollständig begründet werden kann, muß er andere Begründungsmaßstäbe finden. Diese können nur außerrechtliche sein, also der „Wirklichkeit“ entstammen. Hier dient die Rezeption von Aussagen über „Wirklichkeit“ zur Ermöglichung einer Konkretisierung des offenen Rechts. Insoweit ist Platz für außerrechtliche Angemessenheitsprüfungen und Folgenerwägungen⁷⁷.

7. Zwischenergebnis: Lückenhaftigkeit und Offenheit des Rechts ermöglichen so die Einbeziehung von Aussagen über „Wirklichkeit“ in die Dogmatik intra – und ggfls. praeter – legem. Demgegenüber ist deren Einbeziehung contra legem funktionell wegen Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG, methodisch wegen des Vorranges der rechtlichen vor den außerrechtlichen Begründungen⁷⁸ unzulässig.

IV. Rechtliche Regeln für die Einbeziehung von Aussagen über „Wirklichkeit“

Bislang wurden Orte aufgezeigt, wo Aussagen über „Wirklichkeit“ in die Dogmatik einbezogen werden dürfen. Offen blieb dabei, wie diese Einbeziehung zu geschehen hat; ob sie also ihrerseits rechtlichen Regeln unterliegt und welches diese Regeln sind. Dabei ist als Ausgangspunkt festzuhalten: Beginnt die Zulässigkeit der Einbeziehung wirklichkeitsbezogener Aussagen dort, wo das anwendbare Recht endet, so kann dieses im Einzelfall angewandte Recht auch keine

⁶⁷ Der hier verwendete Begriff der Regelungslücke ist bewußt anspruchlos gehalten; zum Lückenproblem eingehender Bydlinski, Methodenlehre aaO, S. 472 ff.; Larenz, Methodenlehre aaO, S. 354 ff.; Paulowski, Methodenlehre aaO, Rn. 616 ff.

⁶⁸ Überblick zuletzt bei F. Müller, Richterrecht, 1986; G. Hoffmann, FS E. Wolf, 1985, S. 184.

⁶⁹ S. auch dazu am Beispiel des GG Gusy JöR aaO.

⁷⁰ S. o. IV 1.

⁷¹ So zu Recht Lübke-Wolff aaO, S. 137 ff.; zu den Fallgruppen der Folgenerwägungen Sendler, FS Simon aaO.

⁷² S. o. II 3.

⁶⁷ Näher dazu Battis/Gusy aaO, Rn. 419 ff., 507 ff.

⁶⁸ S. dazu grundlegend BVerwGE 39, 197, 203 ff.

⁶⁹ S. o. I.

⁷⁰ S. o. II 3.

⁷¹ S. zu Lückenhaftigkeit und Offenheit am Beispiel des GG Gusy JöR 1984, 105 ff.; zur Terminologie ebd., S. 106.

⁷² Zu einzelnen Gegenstimmen s. noch o. I.

Regeln über die Füllung der eigenen Lücken enthalten. Solche möglichen Regeln kommen somit *nur aus der allgemeinen Rechtsordnung* in Betracht.

Solche Bindungen können zunächst *verfahrensrechtlicher Art* sein. Wo keine besonderen Verfahrensregeln gelten⁷⁹, sind die allgemeinen rechtlichen Verfahrensmaximen zu beachten, welche Chancengleichheit beim Zugang zum und bei der Rechtsverwirklichung im Verfahren gewährleisten sollen. Auch wenn nicht allen von der neueren Diskurslehre anerkannten Verfahrensmaximen⁸⁰ rechtliche Qualität zukommt, so sind doch die rechtlichen Grundsätze der Verfahrensgleichheit, des rechtlichen Gehörs und des gesetzlichen Richters als partielle Konkretisierungen solcher Einsichten in ihrer Bedeutung für die Rechtsschöpfung durch Rezeption von Aussagen über „Wirklichkeit“ nicht zu unterschätzen.

Materiell-rechtliche Bedeutung kommt hier insbesondere den Gleichheitsrechten des GG zu⁸¹. Sind die rechtsanwendenden Instanzen durch den allgemeinen Gleichheitssatz verpflichtet, auf Menschen in gleichen Rollen eine Norm entweder gleichmäßig anzuwenden oder gleichmäßig nicht anzuwenden⁸², so folgt daraus das Gebot der gleichen Auslegung, also der Gleichheit der Bildung von Ober- und Untersätzen. Sie sind insbesondere nicht berechtigt, eine Norm einmal so und dann anders und dann wiederum so anzuwenden. Vielmehr sind sie bei der Rechtsanwendung durch Art. 3 Abs. 1 GG an ihre früheren Anwendungsmaßstäbe gebunden. Dies bedeutet nicht, daß Abweichungen von früheren Entscheidungen stets unzulässig wären; wohl aber, daß sie nur nach Maßgabe des allgemeinen Gleichheitsrechts zulässig sind. Daraus folgen mehrere Konsequenzen für die Einbeziehung von Aussagen über „Wirklichkeit“:

– Aussagen über „Wirklichkeit“ dürfen in die Rechtsanwendung nur nach Regeln einbezogen werden. Dies folgt daraus, daß durch die Einbeziehung solcher Aussagen der Gleichbehandlungsanspruch zu wahren ist. Dazu müssen „gleiche“ von „ungleichen“ Sachverhalten abgegrenzt werden. Da es absolute Gleichheit zweier Phänomene in jeglicher Hinsicht nicht gibt, müssen zur Unterscheidung „gleicher“ von „ungleichen“ Fällen Kriterien gebildet werden. Diese Kriterien machen erst begründbar, warum ein Fall mit einem anderen gleich oder ungleich behandelt wird. Gilt dies auch für Entscheidungen anhand von Aussagen über „Wirklichkeit“, so müssen auch solche Aussagen nach Kriterien oder Regeln einbezogen werden.

– Aussagen über „Wirklichkeit“ dürfen in die Rechtsanwendung nur nach gleichen Regeln einbezogen werden. Dies folgt daraus, daß die Rechtsanwendung in einem späteren Fall die Beteiligten auch gegenüber den Beteiligten früherer Entscheidung gleich zu behandeln hat. Dazu ist sie bei der späteren Entscheidung grundsätzlich an die Regeln der früheren Entscheidung gebunden. Bei der Rechtsanwendung sind also auch in unterschiedlichen Fällen prinzipiell die gleichen Regeln anzuwenden. Dies bedeutet allerdings nicht, daß Abweichungen von früheren Entscheidungen stets unzulässig seien; sie sind aber besonders begründungsbedürftig. Eine solche Begründung für Abweichungen von früheren Regeln kann sich aus tatsächlichen Un-

gleichheiten, die zur Unanwendbarkeit der alten Regeln im neuen Fall führen, oder aus rechtlichen Ungleichheiten, etwa bislang unberücksichtigten, zulässigen Auslegungsgesichtspunkten oder Folgenerwägungen, ergeben.

– Aussagen über „Wirklichkeit“ dürfen in die Rechtsanwendung nach begründbaren Regeln einbezogen werden. Dürfen die Rechtsanwender Differenzierungen nur vornehmen, wenn diese durch solche Ungleichheiten gerechtfertigt sind, an welche eine Ungleichbehandlung anknüpfen darf, so entsteht daraus eine Rechtfertigungspflicht für Ungleichbehandlungen. Diese läßt sich auch als Gebot der Begründbarkeit von Ungleichbehandlungen umschreiben. Begründbarkeitsgebote können allerdings lediglich eingelöst werden, wenn zuvor geklärt ist, welche Anforderungen an die jeweilige Begründung zu stellen sind. Ein Wahrheitsgebot wäre nur dann sinnvoll, wenn tatsächlich für jeden Bereich einbeziehbarer Wirklichkeit wahrheitsfähige Aussagen existieren würden. Ist dies jedoch insbesondere im Bereich der Einbeziehung von außerrechtlichen Wertungen zu verneinen, so reduzieren sich die Anforderungen notwendig auf ein Gebot der *Widerspruchsfreiheit* der Begründung mit sich selbst, der einbezogenen „Wirklichkeit“ und dem geltenden Recht.

8. Zwischenergebnis: *Das geltende Recht enthält selbst allgemeine Regeln für die Einbeziehung von Aussagen über „Wirklichkeit“ in das Recht. Diese folgen aus den allgemeinen Verfahrensnormen und aus den Gleichheitsrechten des GG.*

V. Zusammenfassung

Theoretisch läßt sich somit das Verhältnis von rechtlichen und außerrechtlichen Elementen der Dogmatik so kennzeichnen: Die Rechtsordnung statuiert die Notwendigkeit von Begründbarkeit der Rechtsanwendung und damit von Dogmatik⁸³ und einzelne inhaltliche Elemente dieser Dogmatik. Soweit diese reichen, ist die Dogmatik eine allein rechtliche. Soweit über jene rechtlichen Elemente hinaus ein Bedürfnis nach Begründbarkeit und damit nach Dogmatik besteht, kommen ergänzend außerrechtliche Elemente zur Anwendung. Die Zulässigkeit außerrechtlicher Begründung ist somit von den rechtlichen Begründungselementen abhängig.

Praktisch läßt sich das Verhältnis zwischen beiden Arten von Argumenten so umschreiben: Dem geltenden Recht kommen im Entscheidungs- und Begründungszusammenhang zwei zentrale Funktionen zu:

- Die *Thematisierungsfunktion*, also der Hinweis auf mögliche rechtliche Argumente bei der Entscheidung eines Falles;
- die *Exklusionsfunktion*, also der Ausschluß bestimmter, mit dem anwendbaren Recht unvereinbarer Entscheidungen oder Argumente.

Soweit diese *Rahmenfunktion des Rechts*⁸⁴ erfüllt ist, haben außerrechtliche Erwägungen ihren zulässigen und notwendigen Platz. Ihre Einbeziehung ist zulässig, wenn sie

- nach gleichen Regeln erfolgt
- und widerspruchsfrei begründbar ist.

⁷⁹ S. o. II 3.

⁸⁰ Dazu näher schon H. Kelsen, Reine Rechtslehre aaO, S. 348 f.

⁷⁹ S. dazu schon o. IV 2.

⁸⁰ S. dazu etwa die Überblicke bei R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, S. 361 ff.; J. Schulz, Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie, Hagener Habil. 1985 (unveröff.), § 1.

⁸¹ Für die Idee danke ich Herrn Prof. Dr. J. Schulz, Osnabrück; die Konsequenzen dieser Idee sind bislang wenig diskutiert; aus der Literatur insbes. Koch/Rüssmann, Begründungslehre aaO, S. 113 f.; Gusy NJW 1988, 2505, 2511 f.

⁸² Zu den Rechtsfolgen des allgemeinen Gleichheitssatzes Zippelius VVDStRL 47, 7; G. Müller VVDStRL 47, 37; G. Robbers DÖV 1988, 749; F. Schoch DVBl 1988, 863; R. Stettner BayVBl 1988, 545; R. Wendt NVwZ 1988, 778; Gusy JuS 1982, 30.

Professor Dr. Horst Ehmann, Trier

Wohnungseigentum ist kein Eigentum mehr*

– Zum Ausschluß der Einzelklagbefugnis kraft höchstrichterlicher Querulantenvermutung** –

I. Das Problem

Der 5. Senat des BGH hat mit einer Entscheidung vom 15. 12. 1988 die aufgrund der §§ 432, 1011 BGB gegebene Einzelgeltendmachungsbefugnis eines Wohnungseigentümers (WE) für

Ansprüche gegen den Verwalter mit der Begründung für unzulässig erklärt, es sei gerichtsbeamtet, daß querulatorisch veranlagte WE häufig auch offensichtlich unbegründete Ansprüche geltend machten. Das so gebildete „Instrument der