Sein und Sollen: Die „Wahrheit" der Rechtswissenschaften

Clemens Jabloner

Einleitung: Diastase und Adaequatio

Die Frage nach der juristischen Wahrheit führt in ein steiniges Gelände, in dem leicht straucheln ist. Denn sowohl zur Rechtswissenschaft als auch zur Wahrheit bestehen sehr verschiedene Auffassungen. Um im Bild zu bleiben: eine Gratwanderung zwischen zwei bedrohlich abschüssigen Hängen. Eine nähere Umschreibung enthält die dem Tagungsprogramm beigefügte „Motivation": „Das Wahrheitsthema, selbst in seiner herkömmlichen Auffassung und Behandlung, ist deshalb für die Wissenschaften nicht obsolet geworden. Dabei dürfte es mehr die Praxis als die Theorie in diversen Wissenschaftsbereichen sein, die nach wie vor die alte Wahrheitsfrage stellt. Ein prominentes Beispiel dafür bilden die Rechtswissenschaften, sofern sie (neben anderem) die theoretische Basis dafür schaffen, dass Recht gesprochen werden kann. Sie spannen dabei eine spezifische Diastase zwischen (rechtlichen) Normen und Realität, zwischen Sollen und Sein auf, die sich nur dadurch schließen lässt, dass auf der einen Seite die geltenden oder zu gelten habenden Rechtsnormen eine entsprechende wissenschaftliche Darstellung und Reflexion erfahren, und dass auf der anderen Seite im Falle der Beurteilung eines konkreten Tatbestandes, bei der es um „die Wahrheit und nichts als die Wahrheit" geht, die „adaequatio" bzw. „inadaequatio" zwischen diesem und dem geltenden Recht zur Feststellung gelangt."

Ein so weit gespanntes Thema – fast eine ganze Rechtstheorie – verlangt eine Konzentration auf wenige Schlüsselfragen: Kann die „Wahrheit" für das Recht selbst eine Rolle spielen, wie steht es um die Rationalität der Rechtswissenschaft, wie wahr sind die bei der Rechtsanwendung festgestellten Tatsachen, und wie werden sie in eine Verbindung zum Recht gebracht? Die folgenden Überlegungen folgen dieser Dreiteilung: Recht – Rechtswissenschaft – Rechtsanwendung.

Aus gutem Grund steht die Wahrheit im – vorgegebenen – Titel unter Anführungszeichen: Denn das Recht spricht über sich selbst nicht im Modus der

„Wahrheit". Rechtswissenschaftliche Aussagen wiederum werden mit allen möglichen Prädikaten versehen, auch „falsch" ist darunter, kaum hingegen „wahr", was freilich nichts daran ändert, dass rechtswissenschaftliche Aussagen qualifiziert werden müssen. Ausdrücklich von „Wahrheit" wird erst in der Rechtsanwendung gesprochen, wenn Beweise gewürdigt und Tatsachen qualifiziert werden.[1]

Positives Recht

Auctoritas, non veritas, facit legem

„Wahre" Rechtsnormen kann es nur in einem Weltbild geben, in dem eine Rechtsnorm als Ausdruck einer Wahrheit verstanden wird, die von einer übermenschlichen Autorität oder in ihrem Namen meist vor langer Zeit verkündet wurde.[2] Da diese Gebote naheliegender Weise auszulegen sind, kommt der religiösen Gerichtsbarkeit die Zuständigkeit zu, konkretere „Wahrnormen" abzuleiten. In der westlichen Welt wird ein solches – von der Religion noch nicht getrenntes – Recht kaum vertreten.[3] Subtiler ist es, Naturrecht aus der – menschlichen – Natur zu gewinnen, die einem dann als Schöpfung Sein und Sollen in einem ist.[4] Unmittelbare Berufungen auf ein so begründetes Naturrecht sind in spezifisch juristischen Diskursen heute zwar selten, spielen aber etwa bei der Diskussion biotechnischer Fragen unverändert ihre Rolle: Sollen nur Frauen und Männer miteinander Kinder haben? In die Diskussion rechtsdogmatischer Fragen tritt das Naturrecht im Allgemeinen mittelbar ein, sei es, dass das positive Recht ausdrücklich auf das (ein) Naturrecht verweist,[5] sei es, indem naturrechtliche Gehalte als grundlegende „Rechtsideen" in das positive Recht – je nach Standpunkt –

1 Im Strafverfahren wird das Geschworenenurteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten sogar altertümlich als „Wahrspruch" bezeichnet (§§ 331ff. StPO).

2 „Offenbarungsreligionen".

3 Ein Gegenmodell bildet etwa die „Scharia" – vgl. C. Zehetgruber, *Islamisches Strafrecht versus europäische Wertordnung. Ein Rechtsvergleich.* Wien 2010, 30ff.

4 Vgl. P. Delhaye, *Naturrecht.* In: J. Höfer und K. Rahner (Hg.), Lexikon für Theologie und Kirche, 2. Auflage, Siebter Band, Freiburg 1962, 824.

5 Siehe die Präambel zum Bonner Grundgesetz und dessen Art. 1 Abs. 2, 6 Abs. 2 und 20 Abs. 3. Diese Bestimmungen können sowohl als konstitutive Verweisungen des positiven Rechtsetzers auf das Naturrecht als auch als deklarative Beteuerungen seiner Geltung gedeutet werden.

hinein- oder aus diesem herausgelesen werden[6], sei es, dass aus dem positiven Recht bestimmte Inhalte als denkunmöglich ausgeschlossen werden.[7]

Demgegenüber sei im Folgenden ein rechtspositivistischer Standpunkt eingenommen: „Authoritas, non veritas, facit legem" – dieses berühmte Dictum von Thomas Hobbes findet sich in der lateinischen Ausgabe des „Leviathan".[8] An anderer Stelle formuliert Hobbes: „It is not wisdom, but authority that makes the law".[9] Obzwar Hobbes das Naturrecht noch durchaus anerkannte, ist dieser Satz dennoch quasi zum Motto des Rechtspositivismus geworden.[10] Also weder Wahrheit noch Weisheit begründen das Recht. Das ist in doppelter Weise zu verstehen: Eine Rechtsnorm kann nur durch eine Autorität, d.h. durch einen Menschen, erzeugt werden, und ihr Bestand ist von der Wahrheit oder Weisheit ihres Inhalts – und damit auch von ihrer Zweckmäßigkeit – unabhängig.[11] Eine Rechtsnorm ist vielmehr der Sinn eines menschlichen Willensaktes, die Geltung ihre spezifische Existenz.[12]

Kein Imperativ ohne Imperator!

Dass das Recht von Menschen gesetzt – und nicht erdacht oder erfunden – wird, beantwortet noch nicht, ob aus einmal gesetzten Rechtsnormen lediglich

6 Die Figur der „Rechtsidee" findet sich vor allem bei F. Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre,* bearbeitet von P. Bydlinski, 2. überarbeitete Auflage, Wien 2012, 94ff.

7 Theorie des unzulässigen „performativen Widerspruchs" bei R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts.* 3. Aufl., München 2011, 67ff.

8 T. Hobbes, *Leviathan,* Latin edition, ed. by Edwin Curley, Indianapolis 1994, 202: "In civitate constituta, legume naturae interpretatio non a doctoribus et scriptoribus moralis philosophiae dependent, sed ab authoritate civitatis. Doctrinae quidem verae esse possunt; sed authorithas, non veritas, facit legem."

9 T. Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England,* ed. by Joseph Cropsey, Chicago 1971, 55.

10 Hobbes war ein Vertreter des Naturrechts, das bei ihm mit der positiven Moral zusammenfällt, also kein Rechtspositivist im modernen Sinn. Doch begründete er mit diesen Einsichten – wie überhaupt im 26. Kapitel des „Leviathan" – nichts weniger als das neuzeitliche Konzept des positiven Rechts. Zur Einordnung Hobbes' vgl. z.B. P. Zagorin, *Hobbes and the Law of Nature,* Princeton, Oxford 2009, 3.; O. Höffe, *Thomas Hobbes,* München 2011, 21: „Der Philosoph, der das Naturrecht durchaus anerkennt, vertritt keine positivistische Rechtstheorie. Seine These weist vielmehr in genialer Kürze auf die Minimalbedingungen eines sachgemäßen Begriffs von positivem Recht."

11 Davon ganz unabhängig ist die rechtstechnische oder rechtspolitische Qualifikation einer Rechtsnorm.

12 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre.* 2. Auflage, Wien 1960, 31ff. Nach R. Poscher, *Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte der deflationären Wahrheitstheorie.* In: ARSP 2/2003, 200, habe die Wahrheitsunfähigkeit von Rechtsnormen allein sprachkonventionelle Gründe.

mittels intellektueller Operationen weitere Rechtsnormen entstehen können. Zu denken wäre zunächst an syllogistische Schlüsse nach dem Muster „Mörder sollen bestraft werden"/ „X ist ein Mörder"/ „X soll bestraft werden" oder an die Auflösung von Normwidersprüchen. Zudem bietet sich eine spezifische deontische Logik an, die mit Geboten, Verboten und Erlaubnissen operiert.

Wie immer man den Wert dieser Instrumente für die Rechtswissenschaft veranschlagt,[13] Rechtsnormen lassen sich so nicht erzeugen. Eine in diesem Sinn präskriptive Normenlogik wird nicht vertreten.[14] Denn auch individuelle-konkrete Rechtsnormen werden durch performative Akte hergestellt, mit denen nicht nur etwas gesagt, gezeigt oder geschrieben, sondern auch etwas getan wird.[15] Es kommt auf einen nach außen hin sichtbaren Willensakt an. Für jede einzelne Rechtsnorm gilt daher der Satz „Kein Imperativ ohne Imperator".[16,17] Wir können uns das Recht in praktischer Hinsicht auch schwerlich anders vorstellen. Einen Räumungstitel allein logisch abzuleiten, ohne ein gerichtliches Urteil abzuwarten, würde einen Vermieter in beträchtliche Schwierigkeiten bringen.

Diese Einsicht gilt im Übrigen nicht nur für logische Operationen, sondern für alle Produkte der Rechtswissenschaft: Reines Denken erzeugt keine (realen) Rechtsnormen, allenfalls „erdachte". Anders gilt nur, wenn – wie im vormodernen Recht – das positive Recht selbst die Lehre als Rechtsquelle einsetzt.[18]

---

13 Vgl. dazu B. Rüthers, C. Fischer, A. Birk, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 6. Auflage, 2011, 128ff.

14 Vgl. O. Weinberger, *Der normenlogische Skeptizismus*, Rechtstheorie Bd. 17, 1986, 13, und R. Lippold, *Um die Grundlagen der Normenlogik*, In: R. Walter (Hg.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II*, Wien 1986, 146.

15 Vgl. J. L. Austin, *How to do things with words*, 2. Aufl., Cambridge, Massachusetts 1975.

16 H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, 3, unter Bezugnahme auf W. Dubislaw, *Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze*, Theoria, Vol. III, 1937, 335.

17 Diese Auffassung von Rechtsnormen ist allerdings nicht die einzig mögliche, man kann in ihnen auch rein geistige Produkte sehen. Jene andere Auffassung ist von einem „hyletischen", zum Unterschied von dem hier vertretenen „expressiven" Normverständnis geleitet. „Hyletisch" bedeutet, Normen als rein gedankliche Entitäten zu begreifen, „expressiv", in Normen das Ergebnis eines präskriptiven Gebrauchs von Sprache zu sehen. Vgl. C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Expressive versus hyletische Konzeption der Normen?* In: W. Krawietz und W. Ott (Hg.), *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart, Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag*, Berlin 1987, 143ff.

18 Vgl. die Doppelrolle der Portia als der Rechtsgelehrte Balthasar aus Padua und als an die Stelle des Dogen tretende Richterin in Shakespeares „Kaufmann von Venedig". Im Völkerrecht freilich ist auch heute noch die Doktrin als Rechtsquelle eingesetzt (Art. 38, Abs.1, lit. d des Statuts des Internationalen Gerichtshofs: „unter Vorbehalt der Bestimmung des Artikels 59 die gerichtlichen Entscheidungen und die Lehren der anerkanntesten Autoren der verschiedenen Völker als Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen.").

Sein und Sollen

Wenn Hobbes auf „auctoritas" Bezug nahm, dann meinte er die Macht des Rechtsetzers, also eine Tatsache.[19] Doch ein Rechtspositivismus dieser Art widerspricht dem „Hume'schen Gesetz", nach dem aus einem „Sein" kein „Sollen" folgen darf.[20]

Ein kritischer Rechtspositivismus verlangt daher nicht „auctoritas", sondern „potestas",[21] d.h. die von der Rechtsordnung einem Menschen erteilte Ermächtigung, weiteres Recht zu erzeugen. Sieht man das Recht so als einen Zusammenhang bedingender und bedingter Normen – Juristen lieben das Bild von der Rechtsordnung als „Stufenbau"[22] –, stellt sich freilich die Frage nach der Letztbegründung des Rechts: Manche finden diese dann doch wieder in einer Tatsache, z. B. Hart in der „Rule of Recognition", also in der Anerkennung des Rechts;[23] andere, wie Verdroß, in obersten präpositiven Werten.[24]

Hans Kelsen hat dieses Problem mittels der „Grundnorm" erfasst.[25] Sie umgibt ein gewisser Mythos, entspricht aber einer im Grunde einfachen Überlegung:[26] Die Geltung der historisch ersten Verfassung kann gerade nicht auf eine geltende Rechtsnorm zurückgeführt werden, sondern muss angenommen werden. Die Grundnorm wirft die Frage nach der Geltung des Rechts auf, um sie – für den danach folgenden rechtsinternen Diskurs – nicht

19 Eigentlich geltungsbegründend ist bei Hobbes die (Selbst)Unterwerfung der Menschen unter die staatliche Autorität – vgl. A. Verdroß, *Abendländische Rechtsphilosophie*. 2. Aufl., Wien 1963, 118.

20 D. Hume, *A Treatise of Human Nature II*, Oxford 1896, 245.

21 Diesen Unterschied kannte – und ironisierte – schon Augustus (*res gestae* 34), und auf ihm baut bis zu Carl Schmitt eine ganze Staatsideologie auf – vgl. G. Donhauser, *Angst und Schrecken. Vom Terror, der Sehnsucht nach Sicherheit und dem Gesetz hinter dem Gesetz. Analyse einiger zentraler Topoi des zeitgenössischen politischen und rechtlichen Denkens in Europa und den USA.* Habilitationsschrift, Klagenfurt 2014, Drucklegung in Vorbereitung.

22 Grundlegend: A. Merkls 1931 erschienene *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus.* In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule II*, hrsg. von Hans R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wien, Stuttgart 2010, 1071ff.

23 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Ausgabe, N.Y. 1994, 100ff.

24 A. Verdroß, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft.* Wien und Berlin 1926, 21ff; derselbe, *Die Erneuerung der materiellen Rechtsphilosophie*, Nachdruck in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule I* (Fn. 19), 601ff. Von dieser Richtung wird der Grundnorm ein materieller Gehalt gegeben.

25 Kelsen (Fn. 12), 196ff.

26 Robert Walter, *Hans Kelsens Rechtslehre.* Baden-Baden 1999, 11f.

mehr stellen zu müssen.[27] Die Grundnorm ermöglicht es, eine regelmäßig wirksame Zwangsordnung als Rechtsordnung deuten zu können.[28] Damit geht keine Rechtfertigung einher: Es bleibt die Entscheidung jedes Normadressaten, ob er eine bestimmte Rechtsnorm befolgt oder nicht, ob er die Rechtsordnung bejaht oder Widerstand leistet. So kann die Rechtswissenschaft kritische Distanz zum positiven Recht halten.[29]

Wahl des Gegenstands

Doch warum lässt sich eine Wissenschaft auf einen so prekären Gegenstand ein? Die Antwort liegt nahe: Weil sich die Juristen seit jeher genau damit befassen und es daher ein Interesse gibt, es auch systematisch zu tun.[30] Die Wahl des Gegenstandes erfolgt also vorwissenschaftlich, pragmatisch.[31] Eine solche Rechtswissenschaft ist zudem überhaupt erst die Voraussetzung dafür, dass sich andere Disziplinen mit dem Recht befassen können: Wer das Recht moralisch bewerten, politisch qualifizieren, geschichtlich erklären oder ökonomisch taxieren möchte, muss es zunächst in seiner Eigenart kennen.

Rechtswissenschaft

Rechtsnormen und Rechtssätze

Diese Beschreibung des positiven Rechts ist – neben der Systematisierung und der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung – die Hauptaufgabe der nur in diesem Sinn normativen Rechtswissenschaft. Man bezeichnet sie mit dem eigentlich vormodernen Ausdruck als „Rechtsdogmatik", manchmal auch als „Jurisprudenz".[32] Der Modus, mit dem sie Rechtsnormen beschreibt, sind

27 Vgl. M. Jestaedt, *Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung*, in: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Eine Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008, XLII.

28 Die sich selbst als Verfassung deutet – vgl. für Österreich die Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945 als historisch erste Verfassung.

29 H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. 2.Auflage, Baden-Baden 1990, 159ff.

30 Vgl. H. Kelsen, (Fn. 12), 8f.

31 „Der Sprung ins Recht" – so anschaulich R. Lippold, *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung*. Wien 2000, 24.

32 Vgl. allgemein Rüthers, Fischer, Birk (Fn. 13), 191ff.

Aussagesätze, in der Terminologie der Reinen Rechtslehre: „Rechtssätze".[33] Sie sind prinzipiell wahrheitsfähig[34] und unterliegen jedenfalls den allgemeinen wissenschaftlichen Kriterien, insbesondere der Widerspruchsfreiheit: Die Beschreibung einander widersprechender Rechtsnormen ist etwas anderes als einander widersprechende Rechtssätze: So kann – wenn diese Anordnungen bestehen – gesagt werden, dass nach einer Rechtsnorm Wien, nach einer anderen Rechtsnorm aber St. Pölten die österreichische Bundeshauptstadt ist. Aber es kann nicht gesagt werden, dass die Anordnung, dass Wien die Bundeshauptstadt sei, zugleich besteht und nicht besteht.[35]

Die einfachste Form eines Rechtssatzes ist die Wiedergabe einer Rechtsvorschrift, z.B. in einer Gesetzesausgabe. Das mag trivial sein, doch ein beträchtlicher Teil der Handhabung des Rechts im Alltag, in der Rechtswissenschaft und in der Rechtsanwendung besteht darin: Behauptet jemand, die österreichische Bundeshauptstadt sei St. Pölten, kann dies durch einen Blick in das Bundesgesetzblatt[36] und dort auf Art. 5 B-VG falsifiziert werden. Nun wird keineswegs übersehen, dass es sich auch hierbei um einen Vorgang der „Interpretation" handelt und eine genaue Analyse zeigen könnte, wie viele kleine Schritte dafür nötig sind. Doch im juristischen Sprachgebrauch gilt derlei noch nicht als „Interpretation".[37] Wir haben es mit einer weiter unreflektierten Korrespondenzprüfung zwischen der Behauptung eines Textes und dem Text zu tun: „Der Jurist schaut ins Gesetz". Terminologisch exakter begegnen ihm dort freilich keine Rechtsnormen, sondern konkrete textliche Gebilde, also „Rechtsvorschriften" oder „Bestimmungen".[38]

33 Vgl. H. Kelsen (Fn. 12), 73ff.

34 So auch Poscher (Fn. 12), 214: Es mache auch keinen Unterschied, wenn man Wahrheit durch Richtigkeit ersetzt.

35 Vgl. H. Kelsen, (Fn. 16), 168f. M. Potacs, *Zur Logik im Recht.* In: C. Jabloner, u.a. (Hg.), *Gedenkschrift für Robert Walter*, Wien 2013, 643 (648), weist freilich darauf hin, dass – empirisch gesehen – Normwidersprüche ohne gleichzeitige Bereitstellung von Konfliktlösungsmechanismen kaum nachweisbar wären. Dies trifft zwar zu, ändert aber nichts daran, dass irrationale oder terroristische Rechtsordnungen vorstellbar sind, in denen solche Widersprüche in Kauf genommen oder gar gewollt sind. Dies zu bestreiten, hieße eine zu idealistische Vorstellung vom Recht zu hegen.

36 Praktisch schauen die Juristen freilich meistens in private Gesetzesausgaben, womit aber auch Fehler riskiert werden.

37 Ab wann von Interpretation die Rede sein soll, ist eine alte Streitfrage, vgl. etwa E. Ephrussi, *Interpretation und Analogie* In: Zeitschrift für öffentliches Recht, 1925, 132. Vgl. auch Bydlinski (Fn.6), 27ff.

38 Zur Terminologie vgl. Robert Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, 2. Auflage, Wien 1974, 46ff.

Die Rechtswissenschaft tritt eigentlich erst auf den Plan, wenn fraglich ist, ob die betreffende „Rechtsvorschrift" überhaupt gilt, wenn sie einen mehrdeutigen oder unklaren Inhalt hat, wenn mehrere Rechtsvorschriften einander überlagern etc. Dann geht es darum, die Rechtslage mittels „Interpretation" zutreffend zu beschreiben.[39] Da sich Auslegungsfragen oft erst stellen, wenn neue Anwendungsfälle eintreten, muss die ursprüngliche Annahme, die Rechtsnorm sei eindeutig, häufig revidiert werden.

Interpretationsrahmen oder „einzig richtige" Auslegung als Vorfrage

Die Aufgabe der Rechtsdogmatik kann sehr unterschiedlich gesehen werden: Die traditionelle Rechtswissenschaft bezieht ihr Prestige aus dem Anspruch, in Zweifelsfällen die eine einzige richtige Interpretation finden zu können. Dafür steht etwa Ronald Dworkin, für den das Recht schlechthin nichts anderes als eine „interpretative Praxis" ist. Für ihn gibt es kein „non liquet", gerade die schwierigsten Fälle, die „hard cases" sind zu lösen. Freilich muss der ideale Richter – Dworkin nennt ihn „Herkules" – dabei die dem positiven Recht unterliegenden Prinzipien anwenden.[40] Wie fast alle Methodiker des Rechts identifiziert Dworkin die Rolle des Rechtswissenschaftlers mit der des Richters, der das Urteil nicht verweigern darf.[41] Da der Richter seine Entscheidung rechtfertigen muss, ist für ihn alles Rechtserkenntnis und nichts Entscheidung.

Ganz anders Kelsen:[42] Ist eine Bestimmung mehrdeutig, so stehen die Interpretationen prinzipiell gleichwertig nebeneinander. Die Rechtsdogmatik soll diese Mehrdeutigkeit herausarbeiten. Die Entscheidung zwischen den Auslegungshypothesen trifft dann ein ermächtigtes Organ im Zuge der Rechtsanwendung, also etwa der Richter. Dessen Handhabung des Rechts nennt Kelsen – etwas unzweckmäßig – „authentische Interpretation". Bei diesem Ansatz fallen die hard cases gerade nicht in den Bereich der Rechtserkenntnis.[43]

---

39 Diese geistige Tätigkeit wird – namentlich in der deutschen Lehre – gern auch als „Rechtsgewinnung" bezeichnet – vgl. z.B. Rüthers, Fischer, Birk (Fn. 13), 383ff oder M. Jestaedt, *„Öffentliches Recht" als wissenschaftliche Disziplin*, in: C. Engel und W. Schön (Hg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen 2007, 242.

40 R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford 1998, 337ff.

41 Sehr schön kommt der Entscheidungszwang des Richters in Art. 4 des Code civil auch positivrechtlich zum Ausdruck: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

42 H. Kelsen (Fn. 12), 346ff.

43 Im Ergebnis gleichsinnig auch Poscher (Fn. 12), 212: Ist das Recht unbestimmt, kann die rechtswissenschaftliche Aussage nur dahingehend lauten.

Freilich halten die meisten Methodenlehren von diesen Extremen Abstand: Auch Kelsen selbst räumte ein, dass es auch lösbare Auslegungsprobleme gibt[44], und umgekehrt akzeptiert der Hauptstrom der Lehre, dass nicht jede Auslegungsfrage wissenschaftlich lösbar ist.[45]

Argumente für die „Rahmentheorie"

Ihren rechtstheoretischen Hintergrund bildet die von Adolf Julius Merkl – dem Mitbegründer der Reinen Rechtslehre – schon 1918 erkannte „Janusköpfigkeit des Rechts":[46] Da eine Rechtsnorm die Art und Weise ihrer Befolgung niemals vollständig bestimmen kann, kombiniert jeder Akt der Konkretisierung ein rechtsvollziehendes, intellektuelles Element mit einem rechtserzeugenden, volitiven Element. Dies ist die Perspektive einer dynamischen Rechtsbetrachtung, die das Recht quasi „im Fließen", in seiner stetigen Konkretisierung und Individualisierung sieht.

Die Interpretationslehre Kelsens hat einen wissenschaftstheoretischen Vorzug: Versteht man die Angabe der möglichen Auslegungen einer Rechtsvorschrift als These, so wird sie falsifiziert, sobald eine neue Lesart hinzukommt, etwa aus Anlass eines neuen Anwendungsfalls.[47] Dieses Konzept mutet zwar kontraintuitiv an, denn man könnte ja fragen, ob es wirklich die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein kann, Mehrdeutigkeit aufzuzeigen, ja geradezu heraufzubeschwören. Die Tätigkeit moderner Juristen besteht aber zu einem beträchtlichen Teil nicht darin, das schon geltende Recht zu handhaben, sondern darin, Entwürfe zu prüfen, nicht nur von Gesetzen und Verordnungen, sondern auch von Verträgen. Und dabei geht es ja gerade darum, eine Bestimmung so zu formulieren, dass ungewollte Interpretationen ausgeschlossen werden. Die Rahmentheorie passt daher vor allem gut für

44 H. Kelsen (Fn. 12), 349 und dazu näher H. Mayer, *Die Interpretationslehre der Reinen Rechtslehre*, in: R. Walter (Hg.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Wien 1992, 61.

45 Vgl. z.B. Bydlinski (Fn.6), 22f; T. Öhlinger, H. Eberhard, *Verfassungsrecht*. 10. Auflage, Wien 2014, 34f.

46 A. Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule I* (Fn. 22), 893ff.

47 Vgl. M. Thaler, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*. Wien 1982, 14ff und R. Thienel, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz*. Wien 1991, 189ff. Mag ein guter Legist auch viele Fragen vorwegnehmen können, so erzeugt das Leben doch ständig neue Anwendungsfälle, weshalb die Kommentare ja auch immer länger werden. Aus der Perspektive eines Höchstgerichts ist eine Rechtsnorm prinzipiell nie „ausjudiziert".

die Perspektive eines Legisten oder Kautelarjuristen.[48] Wie immer man zur Interpretationslehre Kelsens steht, sie beschreibt sehr gut einen wichtigen Teil der juristischen Praxis.[49]

Allerdings bleibt bei diesem Zugang noch ein Problem zu lösen: Irgendwie muss der Rahmen möglicher Interpretationen nach außen hin begrenzt werden. Kelsen wollte den Juristen nicht vorschreiben, wie sie denken sollten, es ging ihm eher darum, die Richtigkeitsideologie der traditionellen Jurisprudenz zu kritisieren.[50] Weitergesponnen könnte diese Großzügigkeit freilich zu einem dekonstruktivistischen „anything goes", zu einer völligen Beliebigkeit, führen.[51]

Nun war Kelsen ja auch ein politischer Denker. Eine seiner zentralen Thesen war der zivilisatorische Effekt der Verrechtlichung: Kelsen konzipierte den Verfassungsgerichtshof, ja sogar einen „Völkergerichtshof", um politische Konflikte zu verrechtlichen und damit zu zivilisieren.[52] Stehen dieses Streben und die Neutralität gegenüber den Methoden nicht in einem Widerspruch zueinander? Läuft dies nicht auf eine ungehemmte Politisierung hinaus? Es spricht viel dafür, dass Kelsen die Methodenfrage deshalb so wenig reflektierte, weil er die juristischen Argumentationen, die er aus der Praxis der mitteleuropäischen Gerichte und aus der Lehre kannte, für gegeben hielt. Diese bildeten also seinen „Rahmen".

---

48 Dessen Berufsbild es schon im alten Rom gab. Die zunehmende Bedeutung dieser Art von Jurisprudenz betont auch N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1991, 331f.

49 Die gelegentliche Bemerkung, Kelsen habe sich nicht an seine Interpretationslehre gehalten, ist – jedenfalls soweit es seine Kommentare betrifft – unrichtig (so zuletzt aber wieder R. Poscher, *Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin. Zum interpretativen Charakter der Rechtsfortbildung*. In: J. Nolte, R. Poscher, H. Wolter (Hg.), *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit. Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag*, Heidelberg u.a. 2014, 21. Der Kommentar Kelsens zur UN-Charter (*The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, New Jersey 2000) ist ein gutes Beispiel für seinen im Großen und Ganzen durchgehaltenen quasi legistischen, also auf Mehrdeutigkeiten des Textes hinweisenden Stil – vgl. L. Sucharipa-Behrmann, *Kelsens „Recht der Vereinten Nationen". Welche Relevanz hat der Kommentar heute noch für die Praxis?* In: R. Walter, C. Jabloner, K. Zeleny (Hg.), *H. Kelsen und das Völkerrecht*. Wien 2004, 21.

50 Kelsen (Fn. 12), 349f.

51 Die Rahmentheorie führt also keineswegs zu einer Negation jeder Rechtsdogmatik, eher im Gegenteil. Man kann auch nicht sagen, dass die „authentische Interpretation" (im Sinne Kelsens), also die (höchstgerichtliche) Judikatur der Maßstab für die Richtigkeit rechtsdogmatischen Thesen sei. Allerdings ist eine Rechtsdogmatik im Sinne eines akademischen Räsonierens über die Bedeutung von Rechtsnormen keine Selbstverständlichkeit. Der Gegenstand der Rechtsdogmatik hängt funktionell damit zusammen, dass in der kontinentalen Rechtstradition, anders als in den „common law Systemen", eine Prävalenz des generell-abstrakten Rechts gegenüber den Einzelfallentscheidungen besteht.

52 Vgl. C. Jabloner, *Verrechtlichung und Rechtsdogmatik*. In: ZÖR 1999, 261ff.

Mag auch über die Grenze des Rahmens von jeher gestritten werden, der Anspruch, dass Juristen etwas Besonderes leisten, bleibt. Ansonsten wäre der Unterschied von Recht und Politik, von Recht und Wirtschaft, von Recht und Moral etc. aufgehoben und gerade so der politischen Sinn des Systems Recht verloren.

Aber wenn auch die theoretische Dimension wie der praktische Gebrauchswert der „Rahmentheorie" hoch anzusetzen sind, wäre das Bild doch verzerrt, würde man sich mit dieser Sicht begnügen. Denn realistisch betrachtet ist die Rechtsdogmatik ein ständiges Turnier um die „zutreffende", „bessere", „stimmigere" Auslegung. So verstehen fast alle Rechtsgelehrten ihr Geschäft und die Advokaten ohnedies. Auf die Richterinnen kommen wir noch zu sprechen.

Das Recht regelt seine Auslegung

Moderne, kodifizierte Rechtsordnungen nehmen die Interpretation ein gutes Stück weit selbst in die Hand, indem sie explizite oder implizite Interpretationsregeln aufstellen. Diese werden auf der Metaebene Teil der auszulegenden Vorschrift. Da aber auch diese Vorschriften selbst wiederum auszulegen sind, kann die Wissenschaft nicht endgültig ausgesperrt werden.[53] Das Recht ist kein autarkes System.

Das klassische Beispiel für eine explizite Interpretationsregel finden wir in § 6 ABGB: „Einem Gesetz darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet". Die historische Intention lag darin, das staatliche Recht durchzusetzen und den Richter juristisch zu professionalisieren.[54] Diese Regeln – Beachtung des Wortlautes, des systematischen Zusammenhangs und des feststellbaren Willens des Gesetzgebers – bilden jedenfalls für die österreichische Jurisprudenz bis heute einen unerschütterlichen Kanon.[55]

Das Recht regelt außerdem seine Erzeugung, z.B. die österreichische Bundesverfassung die Erlassung von Gesetzen. Diese „Rechtserzeugungsregeln" enthalten indessen nicht nur formale Ermächtigungen, sondern geben auch

53 Vgl. A. Merkl, *Zum Interpretationsproblem.* In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule I* (Fn. 22), 869f.

54 Vgl. T. Simon, *Inhalt und rechtspolitische Bedeutung der „Einleitung" des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts.* In: B. Dölmeyer, H. Mohnhaupt (Hg.), *Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 267), Frankfurt am Main 2012, 1ff.

55 Vgl. R. Walter, H. Mayer, G. Kucsko-Stadlmayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 10. Auflage, Wien 2007, 66f.

bestimmte Inhalte vor oder schließen diese aus – positive und negative Erzeugungsbedingungen. Diese inhaltlichen Vorgaben fungieren nun auch als implizite Auslegungsregeln: In Zweifelsfällen ist jener Lesart der Vorzug zu geben, die die erzeugte Rechtsnorm als konform zu höherrangigem Recht erscheinen lässt.[56] Höher- oder vorrangiges Recht ist nicht nur das Verfassungsrecht, sondern auch das Völkerrecht und das Unionsrecht.

Auch hängt die Methode mit dem Gegenstand zusammen: Das privatautonome Zivilrecht kann großzügiger interpretiert werden als das eingriffsnahe Verwaltungsrecht.[57]

Noch ein anderes: Allenthalben strittig ist die Kompetenz der Höchstgerichte, deren Entscheidungen keiner weiteren Kontrolle unterliegen. Sind sie zur Rechtsfortbildung ermächtigt, also zu einer Interpretation, die über die Konkretisierung des zum Entscheidungszeitpunkt gegebenen Rechts hinausgeht? Eine Antwort darauf kann nur in der jeweiligen Verfassung gefunden werden: Dem Europäischen Gerichtshof wird diese Kompetenz weitestgehend eingeräumt, dem Verfassungsgerichtshof nur mit Unmut,[58] aber verständlicherweise wird über die Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung ebenso gestritten wie über eine allfällige Ermächtigung zur Rechtsfortbildung, die ja wiederum Auslegungssache ist.[59]

Interpretationslehren und Normkonzepte

Mag die Rechtsordnung manche Probleme gleichsam „intern" erledigen, es bleiben dennoch – und für Juristinnen erfreulicherweise – genügend Streitfälle übrig. Hier setzt dann das juristische Instrumentarium ein, das man in den diversen „Methodenlehren" findet und an den Universitäten übt.[60] Wie schon

56 Die „verfassungskonforme Auslegung" spielt in der Praxis der Verfassungsdogmatik wie in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs eine große Rolle, ihre Reichweite ist allerdings umstritten – vgl. etwa W. Berka, *Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*. 5. Auflage, Wien 2014, 28f. Geht es nämlich um zentralisierte Rechtsvernichtung, so ist jede mögliche, aber verfassungswidrige Variante auszusperren – vgl. dazu näher C. Jabloner, *Stufung und „Entstufung" des Rechts*, ZÖR 2005, 163ff.

57 Vgl. M. Potacs, *Interpretation im Steuer- und Verwaltungsrecht*. In: M. Holoubek und M. Lang (Hg.), Die allgemeinen Bestimmungen der BAO, Wien 2012, 93 (98).

58 Vgl. z.B. Öhlinger, Eberhard, *Verfassungsrecht* (Fn. 45), 37ff.

59 Zum EuGH vgl. etwa R. Rebhahn, *Rechtserkenntnis im Unionsrecht*. In: A. Fenyves, F. Kerschner und A. Vonkilch (Hg.), *ABGB*. §§ 1bis 43, 3. Auflage , Wien 2014, 160ff.

60 Die folgende Darstellung, die sich an der differenzierteren Aufbereitung bei Potacs, *Erkenntnisinteresse und Methodenwahl*. In: C. Jabloner u.a. (Hg.), *Vom praktischen Wert der Methode. Fest-*

einleitend betont, wird in den rechtsdogmatischen Diskursen kaum je von einer „wahren" oder „unwahren" Interpretation gesprochen: Interpretationen sind „zutreffend", „stimmig", „einsichtig", „überzeugend", auch „richtig", oder aber „unzutreffend", „unstimmig", „uneinsichtig", bisweilen sogar „falsch" oder gar „abwegig".[61]

Aus der übergroßen Fülle der Themen und Probleme sei im Folgenden nur eine Spannungslage herausgehoben, die die ganze Interpretationsfrage durchzieht und eng mit bestimmten Grundvorstellungen über das Recht zusammenhängt:

Mit dem positiven Recht will ein bestimmter Mensch – wollen mehrere Menschen – das Verhalten von Menschen bestimmen. In modernen Zeiten erfolgt dies in sprachlicher, meist sogar schriftlicher Form. Da es sich also um Kommunikation handelt, spielen stets sowohl das vom Normsetzer Gemeinte als auch das vom Normadressaten Verstandene eine Rolle. Allerdings kann die gewählte Methode das Gewicht unterschiedlich verteilen: So kann es primär auf den Willen des Normsetzers ankommen oder primär auf das Verständnis des Adressaten: Wer auf den Normerzeuger setzt, behandelt das Recht als einen objektiv gegebenen Gegenstand, der mit möglichst wenig Subjektivität des Normadressaten zu beschreiben ist, man kann dies als die „historische" Methode bezeichnen.[62] Wer auf den Normadressaten setzt, meint, dass sich das Recht überhaupt erst im Wege seiner Interpretation, also in der Subjektivität seines oder seiner Betrachter, bildet.[63]

---

schrift für H. Mayer zum 65. Geburtstag, Wien 2010, 539 orientiert, dient nur zu einem groben Überblick. Denn die Literatur zur Methodenlehre ist – selbst wenn man nur die deutschsprachige in den Blick nehmen will – unüberschaubar. Allerdings darf ihre Relation zur Rechtspraxis nicht überschätzt werden – vgl. P. Oberhammer, *Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Archiv für die zivilistische Praxis 2014, 155.

61 Man könnte damit die ganze Frage nach der „Wahrheit" der Rechtsdogmatik vermeiden, aber entgeht ihr nicht, wenn man in den genannten Attributen nur eine andere Semantik für „wahr" und „unwahr" sieht. So Poscher (Fn. 12), 214.

62 Die Attribute „subjektiv" und „objektiv" werden verwirrend gegenläufig gebraucht, was zu Missverständnissen führen kann: Einerseits: Wer auf den Normerzeuger setzt, behandelt das Recht als vorgefundenes Objekt, eben indem er eine in diesem Sinn „subjektive Interpretation" betreibt. Dem gegenüber trennt die „objektive Interpretation" das Recht von seiner Erzeugung und knüpft primär am Wortlaut und an der Systematik an. Aber selbst die „teleologisch-systematische" Interpretation, die schon ganz auf den Norminterpreten gerichtet ist, wird als „objektive" Interpretation" bezeichnet – vgl. etwa Bydlinski (Fn. 6), 41ff.

63 Nach *Potacs* (Fn. 60), 539ff, wären gegenwärtig ein „objektiver", ein „hermeneutischer" und ein konsensorientierter Ansatz zu unterscheiden.

Der „objektive" Ansatz ist von einem Sinngehalt geleitet, der sich aus dem Willensakt des Normsetzers bzw. seiner sprachlichen Äußerung ergibt.[64] Die Rechtswissenschaft hat sich mit der Erkundung dieses Willensaktes zu befassen. Zugrunde liegt also ein Korrespondenzmodell der Wahrheit: Richtig ist die Auslegung, die dem Willen des Normsetzers entspricht. In einem Rechtssystem mit standardisierter schriftlicher Kundmachung ist dafür der Wortlaut der erste Anknüpfungspunkt. Danach kommen alle Hilfsmittel in Betracht, die den Willen darlegen, also besonders die Gesetzesmaterialien, d.h. die Regierungsvorlagen, Ausschussberichte, Plenardebatten etc. Da das Recht heute sehr oft nicht auf einer tabula rasa entsteht, sondern als Novellierung bis dahin geltenden Rechts, kommt dem vertikalen Rechtsvergleich große Bedeutung zu, um den Willen des Normsetzers zu erfassen.

Bei der historischen Interpretation wird also im Prinzip nicht anders vorgegangen als bei einer objektiven Geschichtswissenschaft; es geht um das Finden und Deuten von Quellen, und wem dies am besten gelingt, der liefert die richtige Interpretation. Allerdings greift auch dabei das positive Recht regelnd ein, indem es die Quellen standardisiert – das ist die Funktion der parlamentarischen Materialien – und so den Kreis der Quellen einschränkt. So werden im offiziellen Diskurs keine Zeugen der Gesetzgebung vernommen, etc. Darin liegt auch der Unterschied zwischen der historischen Auslegung von Rechtsvorschriften und der Erforschung ihrer rechtshistorischen Genese.

Bei den entgegengesetzten hermeneutischen Ansätzen gibt es kein vorgegebenes Objekt, vielmehr wird der Sinngehalt der Rechtsvorschrift erst in einem Deutungsprozess hergestellt, bei dem das Vorverständnis des Interpreten offengelegt und reflektiert wird. Das Recht entsteht erst im Kopf des Betrachters.[65] Die Auslegung bedient sich zwar durchaus der traditionellen juristischen Instrumente, auch der historischen Interpretation. Aber primär geht es eher um die Deutung des Textes aus der zeitgenössischen Perspektive des jeweiligen Interpreten. Ein Richtigkeits- oder gar Wahrheitskriterium gibt es bei diesem Ansatz nicht, allenfalls eine problematische „herrschende" Auffassung.[66]

---

64 Der „Wille" des Normsetzers ist nicht naturalistisch zu verstehen, sondern als Ergebnis eines Sprechakts mit befehlender Intention – vgl. m.w.H. Walter (Fn. 26), 9.

65 Vgl. dazu die Kontroverse zwischen T. Öhlinger, *Kann die Rechtslehre das Recht verändern?* ÖJZ 1991, 721 und R. Walter, *Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewusstseinsinhalt*, ÖJZ 1992, 281.

66 Vgl. Rüthers, Fischer, Birk, *Rechtstheorie* (Fn. 13), 195. Die Fragwürdigkeit liegt darin, dass bei der Bestimmung der „herrschenden Lehre" quantitative und qualitative Elemente verquickt werden und stets die Gefahr von Zitierkartellen etc. droht. Der Begriff hat also eher in advokatorischen Argumentationen seinen Platz.

Diesen Ansatz haben die von der Diskurstheorie geprägten Konsensmodelle weiterentwickelt: Dabei wird nach der im Rechtssystem vernünftigsten Lösung gesucht.[67] Ein solcher Diskurs muss freilich nach bestimmten rationalen Regeln ablaufen und – so diese Richtung – in das Instrumentarium eines spezifisch rechtsdogmatischen Diskurses eingebettet werden; auch hier kommen also wieder die traditionellen Werkzeuge zum Einsatz, freilich nun schon gänzlich aus dem Horizont der jeweiligen Interpreten, das Recht entsteht quasi durch den Zusammenklang der Köpfe.

All das wird Nichtjuristen durchaus vertraut vorkommen, denn den hier dargestellten Disput gibt es ja immer dann, wenn es gilt, etwa einen Text oder eine Partitur aufzuführen oder umzusetzen. Während es aber bei der Frage des „Originalklangs" oder des „Regietheaters" um ästhetische Fragen geht – auch wenn die Regisseure schrecklich „politisch" tun – geht es in der Rechtswissenschaft um die genuin politische Deutungsmacht, quasi die „Lufthoheit" über das Recht.[68]

Bessere Gründe

Einer alten Tradition folgend mag die Jurisprudenz als „Kunst" verstanden werden, „ius est ars boni et aequi" lehrte Publius Celsus. Als Wissenschaft verstanden sollte sie in der hier vertretenen Sicht indessen besser als eine „objektive", auf den Willen des Normsetzers gerichteten Rechtsdogmatik betrieben werden.[69] Dafür lassen sich gute Argumente anführen: Zunächst ist sie ja die Konsequenz davon, in Rechtsnormen den Sinn menschlicher Willensakte zu sehen, das ist ein wesentliches rechtstheoretisches Argument. Dazu kommt, dass eine so verstandene Rechtsdogmatik eine exaktere und transparentere Argumentation möglich macht. Mit dem Rechtsetzer

67 R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*. 7. Auflage, Frankfurt a.M. 2012, 259ff.

68 Natürlich ist nicht bestreitbar, dass in einem rechtssoziologischen Sinn Rechtslehren das Recht beeinflussen. Dabei geht es aber um eine kausale Beziehung, und Rechtslehren, mögen sie auch „herrschend" sein, unterscheiden sich nicht von anderen kausalen Faktoren, die auf das Recht einwirken wie politische oder wirtschaftliche Einflüsse – so letztlich auch Öhlinger (Fn. 65), 722.

69 Rechtstheoretisch lässt sich eine solche Interpretationslehre gut in das Kelsensche Spätwerk einfügen, das ganz auf dem Willensmoment aufbaut; vgl. vor allem Allgemeine Theorie (Fn. 16), passim (vgl. aber auch Fn. 64 oben). Kelsen selbst hat allerdings keine solche Lehre entwickelt, wohl aber Robert Walter (und sein Schülerkreis) – vgl. besonders derselbe, *Das Interpretationsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre*. In: *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln 1983, 187.

wird ja an etwas durchaus „Handfestem" angeknüpft, die Argumente sind nachvollziehbar und bestehen nicht nur in Gewissheiten.[70]

Von der hermeneutischen Methode kann man manches lernen,[71] aber letztlich spricht gegen sie, dass mehrere subjektiv richtig erscheinende Auslegungen nebeneinander bestehen können, die allesamt mit dem gleichen Wahrheitsanspruch auftreten dürfen.[72] Gegen die Diskurstheorie wiederum ist einzuwenden, dass das Recht zu interessengeleitet ist, um einen idealen Diskurs zu ermöglichen: Den besseren „Sinn", die triftigeren Gründe werden immer diejenigen finden, die die nötige Expertise einkaufen können, um sich durchzusetzen. Die juristische Realität ist kein Universitätsseminar.[73]

Heinz Peter Rill und seine Schule vermochten den historischen Ansatz erfolgreich in die Richtung eines Kommunikationsmodells weiterzuentwickeln.[74] Um den Normadressaten etwas mitteilen zu können, müsse sich der Rechtsetzer den sprachlichen Regeln unterwerfen. Die juristischen Methoden können so als Sprachgebrauchsregeln verstanden werden, zum Teil alltagssprachlicher, zum Teil fachsprachlicher Art. Bei diesem Ansatz wird – anders als bei älteren rechtspositivistischen Ansätzen – der (noch mögliche) Wortlaut nicht als absolute Bedeutungsgrenze einer Rechtsvorschrift angenommen. Denn neben semantische treten auch pragmatische Elemente, also Inhalte, die der Rechtsetzer „gegen sich gelten lassen muss". Auf diese Weise können einige übliche Interpretationsfiguren, z.B. die juristischen Größenschlüsse, besser erklärt werden.[75]

---

70 Vgl. dazu R. Walter, *Philosophische Hermeneutik und Reine Rechtslehre*, in: H. Vetter und M. Potacs (Hg.), *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Wien 1990, 41. Und selbst wenn man die fiktiven Elemente, die mit der Vorstellung des „Rechtsetzers" verbunden sind, ins Kalkül zieht, bleibt der Rekurs auf ihn als zumindest regulative Idee korrekter als die Auslieferung des Rechts an Mandarine.

71 Ganz ohne Hermeneutik geht es freilich nicht, denn auch den historischen Rechtsetzer verstehen wir aus heutiger Perspektive, weil wir von unserem Wissen über das „danach" nie ganz absehen können.

72 Darin liegt auch der Unterschied zum relativistischen Interpretationskonzept der Reinen Rechtslehre.

73 Vgl. anschaulich Rüthers, Fischer, Birk (Fn. 13), 359: „Der ‚herrschaftsfreie' Diskurs ist eine Veranstaltung ausschließlich guter Menschen'".

74 Vgl. H. P. Rill, *Hermeneutik des kommunikationstheoretischen Ansatzes* und S. Griller, M. Potacs, *Zur Unterscheidung von Pragmatik und Semantik in der juristischen Hermeneutik*. In: *Beiträge* (Fn. 70), 53ff, 66ff und Potacs (Fn.55), 95ff.

75 Eine Problematik des Ansatzes liegt freilich darin, dass nicht darauf abgestellt wird, was der Normsetzer gewollt hat, sondern was ihm „zuzusinnen" ist. Das führt tendenziell von einem rechtspositivistischen zu einem „rechtsidealistischen" Konzept. So könne es dem Normsetzer nicht zugesonnen werden, widersprüchliche Anordnungen zu treffen, womit ein Rechtspositivist

Schließlich ist auch hier danach zu fragen, wieweit das positive Recht zur Lösung unseres Konfliktes beitragen kann: Ist die Wahl der Methode nicht auch davon abhängig, in welchem Verfassungssystem wir uns befinden? Das positive Recht kann, wie schon ausgeführt, die Interpretation regeln, kann also auch fast alles, was hier zur Methodik gesagt wurde, ändern oder umkehren, also etwa anordnen, dass es auf den Willen des Rechtsetzers überhaupt nicht ankommen oder im Gegenteil allein der Wortlaut zählen darf. So wird sich das wohl nirgends finden. Wohl aber können wir implizite Muster erkennen: Nehmen wir nur die Interpretation des Verfassungsrechts selbst: Eine statische, nicht oder nur schwer abänderbare Verfassung wie jene der USA wird zu ihrer Adaptierung an die aktuellen gesellschaftlichen Bedürfnisse auf die rechtsfortbildende Judikatur des Supreme Court angewiesen sein. Dagegen ist unser Verfassungsrecht relativ leicht abänderbar. Das wird oft als Mangel beklagt, stellt aber eine Konsequenz der parlamentarischen Demokratie österreichischer Prägung dar. Diese Konstellation führt zu einem „judicial restraint", aber auch zu einer fortdauernden Verantwortung des Verfassungsgesetzgebers.

Tatsachen im Recht

Rechtliches Urteil und historische Erklärung

Der dritte Teil des Referates gilt der Rechtsanwendung. Dabei geht es um die Konkretisierung und Individualisierung des Rechts, paradigmatisch des Gesetzes durch den Richter. Dieser spielt dabei ein doppeltes Spiel: Zunächst denkt er wie ein Rechtswissenschaftler, wenn er das anzuwendende Recht erkennt, aber am Ende „erlässt" er ein Urteil, setzt also eine Rechtsnorm. „Dazwischen" muss er den „Sachverhalt" feststellen, der nun unser Thema ist.
Es sei vorangestellt, dass der Autor dieses Beitrags einige Zeit als Jurist eine Historikerkommission leitete, die sich mit Beraubungen während der NS-Zeit sowie Maßnahmen der Restitution und Entschädigung nach 1945 auseinandersetzte.[76] Gerade im Kontrast zur historischen Behandlung wurde besonders deutlich, wie eigentümlich die juristische Befassung mit Geschehnissen ist. Bei dieser Art von Verbrechen geht es den Opfern noch mehr als sonst darum, dass ihre je eigene Geschichte nicht nur als subjektive Narration,

keine Schwierigkeit hätte. Ähnlich strittig bleib auch, ob es dem Normsetzer zusinnbar ist, höherrangiges Recht verletzen zu wollen. Vgl. auch Fn. 34 oben.

76 Vgl. http://www.historikerkommission.gv.at/deutsch_home.html.

sondern als objektive Wahrheit gewertet wird. Dies geht damit einher, dass die Betroffenen Menschen sehen wollen, denen das Geschehen zugerechnet werden kann, also Verantwortliche. Eine historische Aufarbeitung kann dies aber nur beschränkt leisten, will sie nicht zu einer „Geschichtsbarkeit", also zu einer „Pseudojustiz", werden.

Manchmal kann die Rechtsanwendung in die Bresche springen, denn das Recht ist ja gerade dadurch charakterisiert, dass es an die Wirklichkeit ein normatives Deutungsschema heranträgt, das durch die Elemente der „Zurechnung", „Schuld" etc. konstituiert ist. Während es für die modernen Wissenschaften auf die Einsicht in objektive, vornehmlich kausale Zusammenhänge ankommt, endet eine normative Betrachtung damit, dass einem bestimmten Menschen ein Geschehnis „zugerechnet" wird. Gilt für wissenschaftliche Erkenntnisse ein „ununterbrochener Revisionismus",[77] ist die Aufgabe der Rechtsanwendung gerade, ein Geschehen außer Streit zu stellen.[78]

Diese Sehnsucht nach Bestätigung dürfte auch der Grund dafür sein, weshalb der äußere Rahmen gerichtlicher Verfahren für historische Aufarbeitungen so attraktiv erscheint, man denke nur an die „Wahrheitskommissionen" nach der Aufhebung der Apartheid in Südafrika. Aber es gab auch schreckliche Beispiele, die stalinistischen Schauprozesse etwa.

77 Vgl. H. James, *Die Bergier-Kommission als Wahrheitskommission*. In: N. Frei, D. van Laar und M. Stolleis (Hg.), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, München 2000, 130. Bemerkenswert ist es, dass in besonderen Fällen der Gesetzgeber bestimmte historische Wahrheiten positiv oder negativ „dogmatisiert". Das ist etwa der Fall, wenn die „Auschwitz-Lüge" unter Strafe gestellt wird oder umgekehrt wenn dem Täter die Tatsache einer getilgten Verurteilung nicht vorgehalten werden darf. Das Motiv hinter solchen Verbotsnormen ist nicht die Unterdrückung von Lügen oder Wahrheiten, sondern die Abwehr der Gefahr, die vom Gebrauch bestimmter Äußerungen ausgeht.

78 Zutreffend bei G. Feldman, *Unternehmensgeschichte im Dritten Reich und die Verantwortung der Historiker*. In: Geschichte vor Gericht (Fn. 77), 103: „Historiker sind keine Richter und können dies auch nicht sein. Sicherlich fällen sie wie die Richter auch Urteile, die auf den zur Verfügung stehenden Beweisen aufbauen und einer Revidierung unterzogen werden können; doch sie betreiben keine Entscheidungsfindung, denn ihr oberstes Ziel ist nicht, über die Frage ‚schuldig oder unschuldig' zu befinden, als vielmehr zu historisieren, in anderen Worten, die Frage von Schuld und Unschuld zu überschreiten und zu Erkenntnissen über das menschliche Verhalten in einem bestimmten Kontext zu kommen. Die Fragen, die sich Historiker stellen, sind von dieser Zielsetzung bestimmt."

Verdichtung und Personalisierung des Sachverhalts

Aber wie gehen Juristen vor, wenn sie auf Wahrheitssuche sind? Ganz grundsätzlich wird zwischen dem „Tatbestand", das sind die in einer Bestimmung abstrakt umschriebenen, oft typisierten Fakten („Wer mordet") und dem „Sachverhalt" (die konkret festgestellte Tötung) unterschieden. Dem juristischen Denken eigentümlich ist es, dass das Geschehnis oder sonstige Umstände erst unter einer bestimmten Perspektive zum Sachverhalt „verdichtet" werden können: Denn um die relevanten Elemente aus den Ereignissen herausarbeiten zu können, muss die – fraktale – Wirklichkeit bereits aus der Perspektive eines oder mehrerer in Betracht kommender Tatbestände betrachtet werden (also das berühmte „Hin- und Herwandern des Blicks" zwischen dem Tatbestand und dem Sachverhalt). Der Rechtsanwender wird die Ereignisse, von denen er ja zunächst nur eine ungenaue Kenntnis hat, daher von vornherein bereits unter der Perspektive bestimmter, etwa strafrechtlicher, Tatbestände untersuchen.

Wie schon angedeutet kommt dazu, dass die Sachverhaltsfeststellung – geht es um menschliches Verhalten – stets personal orientiert ist: Der Historiker Michael Wildt hat dies mit Blick auf Kriegsverbrecherprozesse besonders plastisch beschrieben: Wissenschaftliche Erklärungen historischer Wirklichkeiten seien größtenteils überpersonal und suchten die Gründe für geschichtliche Entwicklungen nicht in einzelnen Personen, während die juristische Wahrheitssuche stets personal sei.[79] Strafrechtlich relevant ist, ob bestimmte Personen Handlungen gesetzt haben, mit denen Tatbestände bestimmter strafrechtlicher Delikte „verwirklicht" wurden. Gerade bei jenen Kriegsverbrechern, die als sogenannte „Schreibtischtäter" relativ abgehoben handeln, haben die Staatsanwälte beträchtliche Schwierigkeiten, eine evidente Verstrickung der Beschuldigten in ein verbrecherisches Geschehen auf konkrete Anklagepunkte hin zu konkretisieren, eine Schwierigkeit, mit der sich heute etwa das „Haager Tribunal" konfrontiert sieht.[80]

79 M. Wildt, *Differierende Wahrheiten. Historiker und Staatsanwälte als Ermittler von NS-Verbrechen.* In: Geschichte vor Gericht (Fn. 77), 46. Dies trifft jedenfalls auf die moderne Geschichtswissenschaft nach Überwindung des „Historismus" zu. Dazu kommt ja, dass die Strafrechtspflege über eine differenzierte „Verurteilungstechnik" mit einer subtilen Auffächerung des Schuldelementes verfügt, ganz zu schweigen von den Grundsätzen eines „fairen Verfahrens".

80 Vgl. etwa ein Interview mit dem deutschen Mitglied des Haager Tribunals H. P. Kaul, http://www.spiegel.de/politik/ausland/internationaler-strafgerichtshof-wir-duerfen-vor-rechtlosigkeit-und-gewalt-nicht-kapitulieren-a-467514.html.

Tatsachenermittlung als Rechtsanwendung

Der Rechtsanwender – sei er Richter oder Verwaltungsbeamter – agiert bei der Ermittlung der Tatsachen nicht als ohnedies rationaler Mensch gleichsam im freien Raum, sondern er wendet die gesetzlichen Regelungen über das Beweisverfahren an. Wenn der Richter dann demgemäß logisch-empirisch vorgeht und zu den entsprechenden Schlüssen gelangt,[81] so geschieht dies, weil die Verfahrensregelungen eben ein solches Vorgehen anordnen. Rechtshistorisch ist das keineswegs selbstverständlich, denn erst moderne Verfahrensordnungen verlangen wahre Tatsachen und setzen auf ein logisch-empirisches Vorgehen – und nicht etwa auf den Gottesbeweis oder auf das unter der Folter erpresste Geständnis. Noch immer können die Verfahrensregelungen mehr oder weniger intensiv vorschreiben, welche Quellen herangezogen werden dürfen und welche nicht („Verwertungsverbote") und allenfalls auch in welcher Hierarchie. Sowohl die Beweisaufnahme als auch die Beweiswürdigung können also näher geregelt sein.[82] Der Grundsatz der „freien Beweiswürdigung" erweitert letztlich nur das richterliche Ermessen, der Richter ist nicht an eine Hierarchie der Beweise gebunden.[83] Das bedeutet aber keinesfalls Willkür, denn der Richter bleibt verpflichtet, schlüssig im „Sinne der Denkgesetze" zu erkennen.[84]

Wir befinden uns also auch hier im Bereich der Rechtsanwendung. Dies zeigt sich auch deutlich daran, dass für manche Verfahren, vor allem vor den Zivilgerichten, von vornherein der Grundsatz der „formellen Wahrheit" gilt, die Richterin also an den Sachverhalt, soweit ihn die Streitparteien einvernehmlich behaupten, gebunden ist.[85] Zudem lassen moderne, rechtsstaatliche Verfahrensordnungen meist nur rechtmäßig erworbene Beweismittel zu.

---

81 Vgl. dazu etwa G. Petschek, F. Stagl, *Der österreichische Zivilprozess. Eine systematische Darstellung.* Wien 1963, 215ff.

82 Eine verfassungsrechtliche Begrenzung der Verfahrensgestaltung ergibt sich allerdings aus den Verfahrensgrundrechten, besonders aus Art. 6 EMRK und dem Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG).

83 Vgl. grundlegend K. Ringhofer, *Strukturprobleme des Rechts*, Wien 1966, 25; Rüthers, Fischer, Birk (Fn. 13), 396ff. und P. Oberhammer, *Tatsächlich Recht haben.* In: Ludwig Bittner u.a. (Hg.), *Festschrift für W. H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Wien 2005, 413.

84 Vgl. nur D. Kolonovits, G. Muzak, K. Stöger, vormals R. Walter, H. Mayer, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts.* 10. Auflage, Wien 2014, 206f. mit Hinweisen auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs.

85 § 226 Abs. 1 ZPO. Zur Dogmatik dieser Bestimmung vgl. W. Rechberger, D.-A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Eine systematische Darstellung*, 5. Auflage, Wien 2000, 357ff. Sehr schön formuliert bei Petschek, Stagl (Fn. 81), 227: „Das kann als Abgabe einer Wissenserklärung gedacht sein, also als Bestätigung der Wahrheit. Regelmäßig wird es aber als Willenserklärung vorgebracht, die Partei will die betreffende Tatsache unangesehen ihrer Wahrheit gegen sich gelten lassen".

Zum Unterschied dazu gilt im Strafprozess- oder im Verwaltungsverfahrensrecht zwar das Prinzip der „materiellen" Wahrheit, aber auch hier geht es um Rechtsanwendung, was selbst von Juristen nicht immer deutlich gesehen wird. Die Fehleinschätzung kann unterlaufen, weil der Richter zwar einerseits zur Rationalität verpflichtet ist, anderseits aber unmöglich immer über die notwendigen Spezialkenntnisse verfügen kann. Daher muss er sich wissenschaftliche oder jedenfalls fachkundige Unterstützung verschaffen. Das „klassische" Beweismittel ist der Sachverständige, der einen Befund erhebt und daraus Schlussfolgerungen zieht.[86] Wegen der großen praktischen Bedeutung der Sachverständigen namentlich im naturwissenschaftlich-technischen und im medizinischen Bereich ist die Abgrenzung zwischen dem Gutachten des Sachverständigen und der richterlichen Festsetzung des Sachverhaltes nicht immer scharf genug gezogen.[87] Augenfällig wird das Problem dort, wo der Sachverständige über seinen angestammten Bereich hinausgeht und rechtliche Erwägungen anstellt oder die Behörde ohne eigenes Zutun an die Ausführungen des Sachverständigen Rechtsfolgen knüpft.[88] Besonders heikel wird es, wenn bereits im Tatsachenbereich Wertungen zu treffen sind, wie etwa im Wirtschaftsstrafrecht bei der Interpretation von Bilanzen.[89] Aber über den Sachverhalt entscheidet der Richter, und anders als etwa der Sachverständige, der seine Feststellungen auf einer Skala der Wahrscheinlichkeit treffen kann, muss der Richter, soll er verurteilen, in der Regel Gewissheit über einen bestimmten Sachverhalt haben, er darf nicht bloß möglich sein.[90]

86 Vgl. H. Mayer, *Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren*. In: J. Aicher, B.-C. Funk (Hg.), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben*, Wien 1990, 131 (141).

87 Was auch mit der praktischen Schwierigkeit zusammenhängt, Rechts- und Tatfragen auseinanderzuhalten, ein oft diskutiertes Problem – vgl. m. w. H. etwa W. Jelinek, *Der Sachverständige im Zivilprozess*, in: *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben* (Fn. 86), 45ff und E. Pürgy, *Rechts- und Sachfragen*. In: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg.), *Sachverstand im Wirtschaftsrecht*, Wien 2013, 17.

88 § 60 AVG: Die Bescheidbegründung muss klar erkennen lassen, von welchen Ermittlungsergebnissen die Behörde geleitet ist; vgl. Mayer (Fn. 86), 141, mit Hinweisen auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs.

89 Vgl. auch Pürgy, (Fn.87), 34.

90 Oder doch zumindest „überragende Wahrscheinlichkeit". Das positive Verfahrensrecht sieht manchmal weitergehende Abschwächungen vor, etwa wenn bereits die „Glaubhaftmachung" oder der „erste Anschein" etc. genügen – Kolonovits, Muzak, Stöger, *Grundriss* (Fn. 84), 200.

Normativierte Tatsachen

Nachdem das rechtsanwendende Organ sein logisch-empirisches Urteil getroffen hat, muss es dieses in eine Feststellung transformieren, die Teil der Urteilsbegründung wird. Der richterliche Willensakt,[91] mit dem dies erfolgt, bewirkt somit, dass die Tatsachen aus dem Bereich des Seins in jenen des Sollens mutieren: „So soll es sein" oder „so soll es gewesen sein". [92]

Im Kontext des Urteils steht der Sachverhalt in einer eigentümlichen Beziehung zum Urteilsspruch, der eigentlichen Rechtsnorm: Zwar kann der Sachverhalt – als Teil der Begründung – für sich allein nicht rechtskräftig werden, doch ist die Rechtskraft des Urteils ohne Sachverhalt nicht möglich, umschreibt dieser doch den sachlichen Geltungsbereich der Rechtsnorm: Sie gilt, ist „rechtskräftig" eben nur innerhalb eines bestimmten Rahmens. In seiner Eigenart als individuell-konkrete Norm ist das Urteil ohne diesen Rahmen gar nicht denkbar. [93]

Sobald ein Urteil in Rechtskraft erwächst, also nicht mehr anfechtbar oder abänderbar ist, schafft es somit eine „Sollens-Tatsache", die nicht nur die rechtliche Beurteilung, sondern eben auch den Sachverhalt umfasst. Grundsätzlich ist die so erfolgte „Dogmatisierung" eines Geschehens oder anderer Fakten unabänderlich: Dass der Streit ein Ende finden muss, entspricht der Friedensfunktion des Rechts. In den modernen rechtsstaatlichen Verfahrensregelungen ist dies freilich wiederum eingeschränkt. Sehr schwere Fehler bei der Sachverhaltsermittlung können zur „Wiederaufnahme des Verfahrens" auch nach langer Zeit führen. Doch ist dies nur zulässig, wenn Quellen gefälscht wurden oder neue Quellen auftauchen, nicht schon dann, wenn die vorhandenen Quellen neu bewertet werden.[94]

Man kann in dieser Mutation der Tatsachen vom „Sein" in das „Sollen" durchaus eine Trivialität sehen, eine Denk- und Willensbewegung, die genauso vom Recht vorgesehen ist. Bei näherer Analyse zeigt sich da-

91 Für das hier in den Blick genommene vgl. präzis formuliert R. Walter, Heinz Mayer, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht*, 8. Auflage, Wien 2003, 164. (Diese Randzeile ist ab der 9. Auflage nicht mehr enthalten): „Im Rahmen der Feststellung des Sachverhalts ist die Willensfunktion der zur Entscheidung berufenen Organe weitestgehend zurückgedrängt; das Ziel ist die Feststellung der „objektiven Wirklichkeit". Freilich ist für das Verfahren letztlich das „objektive Wirklichkeit", was das zuständige Organ als solche feststellt"; Mayer (Fn. 86), 145.

92 Gemeint ist hier das semantisch starke „Sollen". Also nicht „und seine Gesundheit soll nicht die beste sein", sondern: „und Du sollst mein Gebieter sein" (H. v. Hofmannsthal, Rosenkavalier bzw. Arabella)

93 Vgl. R. Thienel, E. Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrensrecht*, 5. Auflage, Wien 2009, 238f.

94 Vgl. z.B. Kolonovits, Muzak, Stöger, *Grundriss* (Fn. 84), 341.

ran aber die namentlich von Niklas Luhmann beschriebene Relation zwischen einem System und seiner Umgebung.[95] Denn das Recht kann die Tatsachen nur „einblenden", indem sie diese in „Normen" umwandelt, eine Operation des Wiedereintritts („re-entry").[96] Dabei geht es darum, dass nach einer Unterscheidung das Abgeschiedene auf der anderen Seite der Unterscheidung wieder eintritt, also das „Sein" auf der „Seite des „Sollens", die Tatsachen als Sachverhalt in der Sphäre des Normativen. Dieses Bild ermöglicht es, das Phänomen der Trennung und Verbindung zwischen „Sein" und „Sollen" besser zu verstehen.[97] Es mag als Antwort auf die in der „Motivation" angesprochene Frage nach der „Diastase" zwischen Sein und Sollen gelten.[98]

Rechtsnorm und Sachverhalt

Die Deutung des Sachverhalts als „normativierte Tatsache(n)" erleichtert auch die korrekte Beschreibung des juristischen Syllogismus: Die an das rechtsanwendende Organ gerichtete Ermächtigungsnorm umschreibt als „Tatbestand" in generell-abstrakter Form die Umstände, deren Vorliegen eine Rechtsfolge auslösen soll. Dabei kann es um typisiertes menschliches Verhalten gehen, ebenso um natürliche Ereignisse wie den Sonnenaufgang oder den Eintritt einer Seuche. Die Subsumtion des Sachverhalts „unter" den Tatbestand ist das wichtigste Instrument der Rechtsanwendung.

Nun kann man dieses Instrument durchaus einfach erfassen: „Diebe sind zu betrafen" / „X ist ein Dieb" / „X ist zu bestrafen". Das erscheint ja intuitiv richtig; analog geht ja auch ein Arzt vor, der eine medizinische „Regel" anwendet und eine Arznei verschreibt. Werden in einer Rechtsordnung

95 Luhmann, *Recht* (Fn.48), 76.

96 Die wissenschaftstheoretische Grundlage dafür bilden die von George Spencer-Brown beschriebenen „laws of distinction" – vgl. F. Lau, *Die Form der Paradoxie.* Eine Einführung in die Mathematik und Philosophie der „Laws of Form" von George Spencer Brown, Heidelberg 2012, 10. Im Rahmen des gegenständlichen Aufsatzes wird nicht der Anspruch erhoben, die mathematischen Ausführungen von Spencer Brown in ihrer vollen – konstruktivistischen – Bedeutung zu erfassen. Vielmehr wird – wie wohl auch von Luhmann – eine bestimmte Denkfigur als Inspiration genutzt, so wie etwa Kelsens Grundnorm vom erkenntnistheoretischen Apriori Kants – vgl. Kelsen (Fn. 12), 205.

97 Es kommt zu keiner Verletzung des Hume'schen Trennungsprinzips. Vgl. auch die Denkfigur des „modal indifferenten Substrats" bei Kelsen, *Allgemeine Theorie* (Fn. 16), 155f, 314ff.

98 Der namentlich in der Theologie metaphorisch gebrauchte Begriff „Diastase" bedeutet wörtlich „Auseinanderfallen", „Spaltung".

einerseits Organe eingesetzt, die generell-abstraktes Recht erzeugen, andererseits Organe, die dieses Recht individualisieren und konkretisieren sollen, dann kann der Richter dem die implizite Auslegungsregel entnehmen, genau diese Subsumtion anzustellen[99] und gemäß seiner Dienstpflicht das entsprechende Urteil zu fällen. So gesehen bewegen wir uns auf der sicheren Seite des Rechts, denn wie immer man den juristischen Syllogismus deutet, er ist der Rechtsordnung implizite Alltagslogik.

Hinterfragt man aber diese Evidenz, so begegnen dem so genannten „Jörgensen'sche Dilemma":[100] Denn haben wir es nicht im Obersatz (im Tatbestand) mit einer Rechtsnorm zu tun, die nicht wahrheitsfähig ist, im Untersatz (Sachverhalt) aber mit einer wahrheitsfähigen Tatsache, und darf man diese beiden Sätze in eine logische Beziehung zueinander setzen? Doch handelt es sich um ein Scheinproblem, weil die Frage der Anwendung des Syllogismus mit der Frage der Normerzeugung vermengt wird. Denn einerseits geht es ja gar nicht um eine Rechtsnorm, sondern um einen Rechtssatz über das Bestehen der Rechtsvorschrift: „Diebe sind zu bestrafen". Andererseits haben wir es nicht mit „brute facts", ja nicht einmal mit Aussagen darüber zu tun.[101] Vielmehr geht es eben um normativ mutierte Tatsachen und deren Behauptung. Die darauf bezogenen Rechtssätze, jener über das Bestehen der generellen Norm und dieser über das Bestehen des – normierten – Sachverhaltes, lassen sich nach der Regel des Größenschlusses so in ein Verhältnis zueinander setzen, dass daraus die Schlussfolgerung, ein Rechtssatz über eine freilich zunächst nur gedachte konkrete Rechtsnorm, das Urteil, ableitbar ist. Der so vorgehende Richter entspricht also nicht nur seiner Dienstpflicht, sondern agiert auch gedanklich korrekt. Und damit kann schließlich auch die in der eingangs zitierten „Motivation" zudem gestellte Frage, was es mit der *„adaequatio" bzw. „inadaequatio"* zwischen Normen und Realität auf sich habe, beantwortet werden.

99 Analog wird aus der ständigen Einrichtung von Organen, die dazu bestimmt sind, Rechtsnormen einer bestimmten Rechtssatzform zu erzeugen, die Geltung der „Lex posterior-Regel" gefolgert.

100 Vgl. R. Walter, *Jörgensen's Dilemma and how to face it*, Ratio iuris 1996, 168; derselbe, *Das Problem des „normativen Syllogismus" in Kelsens „Allgemeiner Theorie der Normen"*. In: W. Krawietz und J. Wróblewski (Hg.), *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festschrift für Kasimierz Opalek zum 75. Geburtstag*, Berlin 1993, 347.

101 So die Lösung bei Walter (Fn. 99), 350.