

Johannes Greiser*

Methodenlehre aus Sicht eines Praktikers

– mit Exkursen zur sprachphilosophischen Grundlegung der Wortlautgrenze und der Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse aus Nachbarwissenschaften –

Eine Einführung

Methodenlehre fristet bei vielen Studierenden ein Schattendasein. Zu Unrecht! Denn mit der Methodenlehre kann man sich ein allgemeines Argumentationskonstrukt erarbeiten, anhand dessen Meinungsstreitigkeiten besser eingeordnet und damit auch besser gelernt werden können. Die Methodenlehre ist die Metaebene hinter den einzelnen Meinungsstreitigkeiten. Deshalb lohnt sich ein näherer Blick auf diese Teildisziplin der Rechtswissenschaft.

Die Schwerpunktsetzung im folgenden Aufsatz ist – wie immer bei solchen Projektiven – bis zu einem gewissen Grad subjektiv. Sie ist von meinen Erfahrungen in der Rechtsprechung geprägt. Dabei liegen der Darstellung neben der Rechtsprechung des BVerfG vor allem Lehrbücher zur Methodenlehre – insbesondere der Methodenlehreklassiker von Larenz/Canaris –, aber auch ein neueres Werk von Möllers zugrunde. Zu den einzelnen Bereichen geht die Darstellung von überwiegend aktuellen, aber auch zwei älteren Promotionen zu diesen Bereichen aus, die dann anhand der übrigen Quellen und der eigenen Erfahrungen in diesem Bereich eingeordnet werden.

Angewandt werden die Aussagen zur Methodenlehre auf einen fiktiven fortlaufenden Fall. Bei diesem habe ich Gesetzgebungszuständigkeiten und sonstige verfassungsrechtliche Probleme bewusst offengelassen. Ausgangskonstellation ist folgende Vorschrift:

§ 1

- (1) Hunde sind in der Öffentlichkeit an einer Leine zu führen.
- (2) Schäferhunde haben in der Öffentlichkeit einen Maulkorb zu tragen.

* Der Autor ist Richter am Sozialgericht Osnabrück und Lehrbeauftragter der Universität Osnabrück.

I. Erste Abgrenzung

Es ist klassischerweise zunächst eine Einteilung der Methodenlehre in Auslegung und Rechtsfortbildung vorzunehmen. Die Bereiche folgen teilweise ähnlichen, teilweise aber auch unterschiedlichen Regeln, weshalb die Abgrenzung notwendig ist.

1. Der mögliche Wortsinn als Grenze

Trennlinie ist nach h.M. der mögliche Wortsinn einer Norm.¹ Dem ist nach der hier vertretenen Ansicht zuzustimmen. Der Wortlaut ist als einziges direkt vom Gesetzgeber legitimiert. Er geht vom allgemeinen Sprachgebrauch aus, wird in bestimmten Bereichen, etwa gesetzlichen Definitionen, aber vom Gebrauch im fachsprachlichen Diskurs überlagert. Für eine sachenrechtliche Frage aus dem Besitzrecht führt die Erkenntnis, dass der allgemeine Sprachgebrauch Eigentum und Besitz häufig synonym verwendet, nicht weiter. Die Wortlautgrenze ist dort erreicht, wo ein Begriff oder ein Passus unter den allgemeinsprachlichen bzw. den fachsprachlichen Konventionen nicht mehr verständlich eingeordnet werden kann.

Die Rechtsprechung des BVerfG ist – was die Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung angeht – nicht ganz eindeutig. Es gibt aber insoweit durchaus Aussagen, dass die Auslegung nicht am Wortlaut ende:

„Eine Auslegung gegen den Wortlaut einer Norm ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass ihr Sinn im Text unzureichend Ausdruck gefunden hat.“²

Auf diese Unklarheiten oder auch Widersprüchlichkeiten in der Rechtsprechung des BVerfG wird bei der verfassungskonformen Auslegung unten noch weiter einzugehen sein.³

Gegen die Wortlautgrenze werden in der Literatur aus linguistischem und sprachphilosophischem Gründen Einwände erhoben, wobei die Autoren in ihren Schlussfolgerungen unterschiedlich weit gehen.⁴ Es wird argumentiert, dass sich die

¹ Stellvertretend: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1995, S. 163 f.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 39; *Drechsler*, ZJS 2015, 344 (344).

² BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 22/93, Rn. 34 allerdings zur verfassungskonformen Auslegung.

³ Siehe II. 5. b) aa).

⁴ Sehr weitgehend: *Christensen/Kundlich*, ARSP 93 (2007), 128 ff.; *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB. 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 95 ff.; weniger weitgehend: *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 15 ff.; siehe auch bereits: *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 80 ff.

Wortlautgrenze sprachphilosophisch nicht halten lasse, da es keine Wortbedeutung an sich, ohne den jeweiligen Kontext, gebe.⁵ Teilweise wird jede normative (Begrenzungs-)Kraft von Sprache abgelehnt.⁶ Diese sprachphilosophischen Einwände überzeugen letztlich jedoch nicht.

2. Sprachphilosophischer Exkurs

Zur Erörterung der Frage, ob sich der Wortlaut als Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung halten lässt, ist zunächst die Bedeutungstheorie der Sprache in den Blick zu nehmen. Wie ist also das Verhältnis zwischen Sprache und Wirklichkeit und wie das Verhältnis zwischen Sprache und uns (unserem Bewusstsein)?⁷

a) Sprachphilosophische Theorien der Bedeutung

Es gibt in der Sprachphilosophie grundsätzlich vier Herangehensweisen an die oben aufgeworfenen Fragen zum Verhältnis von Sprache und Wirklichkeit und Sprache und unserem Bewusstsein: subjektivistische, realistische, konventionalistische (pragmatische) und interpretative Ansichten.⁸ Letztere sind für die juristische Arbeit nicht ergiebig und werden deshalb nicht dargestellt.

Nach der subjektivistischen Bedeutungstheorie liegt die Bedeutung von Zeichen (allein) in mentalen Zuständen eines Subjekts.⁹ Ein bekannter Vertreter dieser Theorie war der Philosoph *John Locke* im 17. Jahrhundert.¹⁰ Problematisch für diese Theorie ist die alltägliche Feststellung, dass es weite Übereinstimmungen beim Wortgebrauch gibt.¹¹ Für eine Verteidigung der Wortlautgrenze ist die Theorie nicht geeignet. Die Vorstellung, dass Bedeutung allein durch das Bewusstsein von Subjekten geprägt ist, macht eine Wortlautgrenze schwer möglich.

⁵ Etwa: *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 7 Rn 77 ff., § 15 Rn. 15; siehe auch: *Felder*, in: *Bäcker/Klatt/Zucca-Soest*, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 141 (145); ähnlich: *Kiesselbach*, in: *Bäcker/Klatt/Zucca-Soest*, Sprache – Recht – Gesellschaft, 234 (249).

⁶ Siehe dazu etwa: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 11. Aufl. 2013, 339 ff. *Christensen/Sokolowski*, Wie normativ ist Sprache; abrufbar unter anderem unter: www.juristische-methodik.de/PDF/sprnormativ.pdf.

⁷ *Engemaier*, in: *Breitenstein/Rohbeck*, Philosophie, 2011, S. 181 (Unterkapitel Sprachphilosophie); der folgende Abschnitt soll einen kurzen Überblick schaffen. Es wird etwa nicht gesondert auf Bedeutungstheorien singularer Theme im Gegensatz zu Bedeutungstheorien für Sätze eingegangen, sondern dieses Problem nur angerissen.

⁸ *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 11.

⁹ *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 11.

¹⁰ *Locke*, An Essay concerning human understanding, 1690, deutsche Ausgabe in 6. Aufl. 2006; zu neueren Vertretern dieser Theorie: *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 81 ff.

¹¹ *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 18.

Die realistische Bedeutungstheorie sieht als Träger der Bedeutung Objekte, Eigenschaften oder Sachverhalte in der wirklichen Welt.¹² Diese Theorie wurde bereits von *Aristoteles* im alten Griechenland vertreten.¹³ Diese Position beeinflusste die mittelalterliche Philosophie. In dieser Traditionslinie wurde davon ausgegangen, dass sich die Strukturen der Wirklichkeit in den Strukturen der Sprache abbilden.¹⁴ Eine Neuformulierung erfolgte Anfang des 20. Jahrhunderts.¹⁵ Das Bestreben war, eine Idealsprache zu schaffen, die die logische Struktur der Realität möglichst gut abbildet. *Frege* ging dabei davon aus, dass Träger der Bedeutung Gedanken seien. Damit waren nicht die Gedanken einer einzelnen Person, sondern etwas Abstraktes, wie etwa der Satz des Pythagoras, gemeint. Gedanken sind danach objektiv. Sie sind zwar weder Teil der Außen- noch der Innenwelt, aber in einem „dritten Reich“ angesiedelt.¹⁶ Diese Theorie würde sich sehr gut für eine Bestimmung der Wortlautgrenze eignen, denn es gäbe ein außerhalb subjektiver Festsetzung liegenden Gegenstand, der erkannt werden könnte.

Auch diese Theorie bereitet jedoch Probleme:¹⁷ Wie ist es bei einer realistischen Theorie möglich, dass auf einen fiktiven Gegenstand (etwa: „Rotkäppchen“) verwiesen wird? Derartige Gegenstände sind schließlich nicht „real“ und trotzdem können wir hierüber sprechen. Eine zweite Frage ist: Warum kann es unterschiedliche Begriffe geben, die das gleiche „bedeuten“? Dieses Problem wird zumeist an folgendem Beispiel erläutert: Die Begriffe Morgenstern und Abendstern bezeichnen beide den Planeten Venus. Der eine Begriff beschreibt einen hellen Stern am

¹² *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 11. Dies ist zumindest nach früheren Einordnungen der Fall. Nach einer Weiterentwicklung dieser Theorie, etwa *Tarski* (Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen. in: *Studia Philosophica* 1 (1936), S. 261 ff.) wurde dies zu einer Semantik der Wahrheitsbedingungen modifiziert, siehe erneut: *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 11, zu der genannten Theorie näher S. 51 ff.

¹³ *Aristoteles*, *Peri hermēneias*, Kapitel 1, hier zitiert nach der Textsammlung *Organon*, 2017, S. 40; *Aristoteles* wird wegen anderer Äußerungen im gleichen Werk aber teilweise auch durchaus anders (konventionalistisch) eingeordnet. Wie hier etwa: *Bertram*, *Sprachphilosophie*, 3. Aufl. 2017, Position 232 des eBooks.

¹⁴ Ausführlich hierzu: *Leiss*, *Sprachphilosophie*, 2012, S. 50 ff. Als Höhepunkt dieser Strömung gilt das Werk *Tractatus de modis significandi* von *Thomas von Erfurt*. Ausführlich hierzu: *Leiss*, S. 54 ff.

¹⁵ *Frege*, *Der Gedanke*. Eine logische Untersuchung, 1918, abgedruckt in: *Logische Untersuchungen*, 1993, 58 ff.; *Carnap*, *Bedeutung und Notwendigkeit*, 1972; *Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, 9. Aufl. 1973; ausführlich hierzu: *Kutschera*, *Sprachphilosophie*, 2. Aufl. 1974, S. 51 ff.; *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 17 ff.

¹⁶ *Frege*, *Der Gedanke*, S. 69.

¹⁷ *Engemaier*, in: *Breitenstein/Rohbeck*, *Philosophie*, 2011, S. 183 f.

Morgen, der andere einen hellen Stern am Abend. Es wird bei beiden Begriffen aber auf den gleichen Gegenstand in der wirklichen Welt verweisen, nämlich den Planeten Venus. Hiermit sind Probleme der Referenz angesprochen.¹⁸ Ob und wenn ja, wie diese Probleme sprachphilosophisch gelöst werden können, würde hier zu weit führen.¹⁹

Nach der konventionalistischen Bedeutungstheorie ergibt sich die Bedeutung der sprachlichen Zeichen allein aus der Gebrauchsweise.²⁰ Diese Theorie hat einen wichtigen Vertreter in dem Philosophen *Wittgenstein*, genauer gesagt seinem „Spätwerk“.²¹ In seinem Frühwerk hatte *Wittgenstein* noch auf Grundlage einer realistischen Bedeutungstheorie versucht, eine möglichst exakte Sprache zu entwickeln.²² Später kam er zur Einsicht, dass Sprache auch durch sog. Sprachspiele und ein Netz von Bedeutungen definiert wird. Bedeutung sei gerade nicht starr, sondern Wandlungen unterworfen. Die Teilnehmer des Sprachspiels könnten die Regeln des Sprachspiels jederzeit ändern. Diese Theorie wird von den meisten Vertretern in der Sprachphilosophie der Gegenwart vertreten.²³

b) Ist Sprache normativ?

Diese Theorie ist Grundlage der Angriffe auf die Wortlautgrenze.²⁴ Wenn sich Bedeutung erst aus dem Gebrauch, dem Sprachspiel ergibt, so ist dies zunächst ein einsichtiges Argument gegen die begrenzende Kraft von Wortbedeutungen. Autoren, die auch auf dieser gedanklichen Grundlage eine Wortlautgrenze (oder allgemeiner: eine semantische Grenze) verteidigen, gehen davon aus, dass die Gebrauchsregeln der Sprache Normativität vermitteln. Die begrenzende Wirkung wird also nicht auf den Begriff selbst, sondern auf die Regeln für seine Verwendung gestützt.²⁵

¹⁸ Siehe dazu: *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 96 ff.

¹⁹ Siehe dazu einleitend: *Engemaier*, in: Breitenstein/Rohbeck, Philosophie, 2011, S. 184 ff.; ausführlich: *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 88 ff.

²⁰ *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 12.

²¹ *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 9. Aufl. 2019; Ansätze einer konventionalistischen Theorie werden aber bereits in der Antike gesehen, etwa in dem Dialog *Kratylos* von *Platon*; dazu ausführlich: *Kutschera*, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 1974, S. 32 ff.; *Leiss*, Sprachphilosophie, 2012, S. 27 ff.

²² *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, 9. Aufl. 1973; siehe dazu oben, Fn. 15.

²³ So auch die Einordnung bei: *Kuntz*, AcP 215, 2015, 387 (408).

²⁴ Siehe etwa: *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 7 Rn. 77; *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 80 ff.

²⁵ Siehe dazu in unterschiedlicher Ausprägung: *Klatt*, Die Wortlautgrenze, abrufbar im Internet unter: https://edoc.bbaw.de/frontdoor/deliver/index/docId/1779/file/13_343_368_Klatt.pdf; *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (130 f.); im Ergebnis ebenso: *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (523 f.).

Teilweise wird dabei auf den Sprachphilosophen *Robert Brandom* Bezug genommen, der in seinem Werk *Making It Explicit*²⁶ Normativität von Sprache auf Grundlage der Gebrauchstheorie der Sprache hergeleitet hat.²⁷ Er analysiert hierfür abstrakt die Gesprächssituation und versucht implizite Voraussetzungen der Kommunikation explizit zu machen. Unsere diskursive Praxis sei durch ein ständiges Geben und Fordern von Gründen implizit normativ strukturiert. Dadurch erst sei es möglich richtige und falsche, angemessene und unangemessen Sprechakte zu unterscheiden.²⁸ Damit wird der Sprecher zumindest an seinen eigenen Wortgebrauch gebunden.²⁹

Gegen eine Normativität von Sprache werden wiederum Einwände erhoben.³⁰ Die Gebrauchsregeln würden einen konkreten Gebrauch nicht vorschreiben, sie seien also nicht präskriptiv.³¹ Aus der empirischen Realität von Regeln (einem Sein) könne nicht ohne weiteres auf ein Sollen geschlossen werden.³² Die Konventionen würden einen bestimmten Gebrauch weder gebieten noch verbieten.³³ *Brandoms* Theorie ziele zudem nicht auf eine intersubjektive Verbindlichkeit von Sprache ab, die über die konkrete Sprechsituation hinausgehe.³⁴ Teilweise wird die fehlende normative Kraft der Gebrauchsregeln mit einem Paradox dargestellt: Eine Sprachregel müsse den Sprachgebrauch, um normativ begrenzen zu können, in jedem Einzelfall vorgeben. In diesem Fall aber könne der abweichende Sprachgebrauch nicht mehr abgegrenzt werden, da mit jeder abweichenden Nutzung ein Bedeutungswandel eintreten würde.³⁵ In der Sprache gäbe es letztlich nichts, was ein normatives Konzept von Bedeutung tragen könne.³⁶

c) Eigene Überlegungen

M.E. lässt sich der Wortlaut als Grenze gegen die sprachphilosophischen Einwände verteidigen. Die Gegenansicht überschätzt oder überbetont die Kontextabhängigkeit

²⁶ *Brandom*, *Making It Explicit* : Resonanz, Representing, and Discursive Commitment, 1994; hier zitiert nach einer Ausgabe von 1998.

²⁷ Siehe dazu: *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (425 f.).

²⁸ *Brandom*, *Making It Explicit*, XIII; siehe dazu auch: *Klatt*, *Die Wortlautgrenze*, 343 (351).

²⁹ *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (425)

³⁰ Ausführlich: *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Band I, 11. Aufl. 2013, 339 ff.

³¹ *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (413 ff.).

³² *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (416); siehe zum sog. Sein-Sollen-Fehlschluss bereits: *Hume*, *Ein Traktat über die menschliche Natur*, Buch I-III, Dt. mit Anm. und Reg. von Theodor Lipps, Buch III, 195 ff.

³³ *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (413).

³⁴ *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (427).

³⁵ *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Band I, 11. Aufl. 2013, 342.

³⁶ *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Band I, 11. Aufl. 2013, 343 unter Verweis auf: *Davidson*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 48, 395 (396 ff.).

und die Wandlungsfähigkeit von Sprache. Beides bedeutet keine völlige Offenheit der Bedeutung.³⁷ Eine neue abweichende Praxis wird erst im Vergleich zur bisherigen Konvention erkennbar.³⁸ Ein radikaler semantischer Indeterminismus wird durch das Faktum sprachlicher Verständigung widerlegt.³⁹ Aus der Tatsache, dass sich Sprache entwickelt, also die Konventionen nicht völlig starr sind, folgt keine Aufhebung, sondern nur eine Minderung ihrer begrenzenden Kraft, was Bedeutungen angeht. Diese Begrenzung muss dabei m.E. nicht völlige unabhängig von Einstellungen und Kenntnissen von Individuen sein.⁴⁰ Normativität lässt sich auch unter Beteiligung von Subjekten begründen.⁴¹

Auch die von dieser Ansicht vorausgesetzte völlige Gleichordnung aller Sprecher,⁴² die eine Entscheidung über richtigen und falschen Gebrauch eines Begriffs unmöglich mache, überzeugt letztlich nicht. Bei allen Verschiedenheiten im Einzelfall gibt es dennoch zumeist einen Sprachgebrauch der Mehrheit, von dem Abweichungen überhaupt erst verständlich werden.⁴³

Die Konventionen sind schließlich auch insoweit handlungsleitend, als nur unter Beachtung dieser glückende Sprechakte möglich sind.⁴⁴ Die Konventionen allein deskriptiv zu fassen, überzeugt m.E. nicht. Insoweit kann auf *Brandom* zurückgegriffen werden. Die Annahme, dass sich aus der Diskursituation implizite Voraussetzungen ergeben, die für die Begründung von Verbindlichkeit fruchtbar gemacht werden können, ist der juristischen Begründungslehre nicht neu. Hierauf⁴⁵ bauen auch diskurstheoretische Ansätze in der juristischen Begründungslehre auf.⁴⁶

³⁷ Dazu: *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (523 f.) in Bezug auf die Wandlungsfähigkeit von Sprache; siehe auch: *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (131).

³⁸ *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (524).

³⁹ *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (131); ähnlich: *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 77.

⁴⁰ So aber wohl: *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (414, Fn. 144).

⁴¹ Dazu näher: *Greiser*, ZfSH/SGB 2014, 598 (604 ff.); *ders.*, VSSR 2014, 241 (257 ff.).

⁴² *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (416, 418).

⁴³ Erneut: *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (524); weitergehend noch: *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (138); andere Ansicht: *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (417).

⁴⁴ *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (130 f.).

⁴⁵ Zur sog. Transzendentalpragmatik: *Apel*, in: Schnädelbach (Hrsg.), Rationalität – philosophische Beiträge, 1984, 15 ff.

⁴⁶ Siehe dazu: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 9. Aufl. 2019, 230 ff.; zur Diskurstheorie *Habermas'*: *Habermas*, in: Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion, 1973, 211 ff.

Das Problem, bei graduellen Phänomenen eine Grenze zu finden, ist seit der griechischen Philosophie der Antike bekannt.⁴⁷ Mögliche Lösungen zu diskutieren, ist hier nicht möglich.⁴⁸ M.E. folgt aus dieser Problematik aber nicht, dass eine Grenzziehung unmöglich ist. Dass es Grenzen der menschlichen Erkenntnis gibt, ist kein Hindernis, trotz dieser Beschränkungen Dinge möglichst gut einzuordnen. Aus der fehlenden Möglichkeit, die Wortlautgrenze in jedem Fall sicher zu bestimmen, folgt nicht, dass diese Grenze allgemein abzulehnen ist. Derartige Unschärfen sind hinzunehmen und müssen durch Auslegung minimiert werden.

Im Ausgangsfall könnte sich zu § 1 Abs. 1 des Gesetzes die Frage stellen, ob die Vorschrift auch auf einen Wolf anzuwenden wäre. In der Umgangssprache wird das Wort Hund häufig synonym mit dem Begriff des Haushundes, der domestizierten Version des Wolfs, gleichgesetzt. Biologisch betrachtet ist aber auch ein Wolf ein Hund. Hier wäre die Grenze der Auslegung also wohl noch nicht überschritten (Vorrang der Fachsprache). Auf eine Katze wäre die Vorschrift aber nur im Wege der Rechtsfortbildung anwendbar.

Auch die Frage, ob ein Mischling zwischen Schäferhund und einem anderen Hund noch unter § 1 Abs. 2 des Gesetzes fällt, ist eine Frage der Auslegung, denn es ist nicht unmöglich, einen Schäferhund-Labrador-Mischling unter den Wortlaut der Norm zu subsumieren.

II. Auslegung

Es gibt grundsätzlich vier Auslegungskriterien, den Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte und den Sinn und Zweck der Norm.

1. Wortlaut

Der Wortlaut des Gesetzes ist Ausgangspunkt jeder Auslegung. Nur der Wortlaut ist – wie unter I. 1. bereits erwähnt – direkt vom Gesetzgeber legitimiert. Problematisch ist, dass das Verständnis des Wortlauts sehr unterschiedlich sein kann.

Die Begriffe, die der Gesetzgeber benutzt, sind häufig nicht trennscharf. Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. neutralen Kandidaten.⁴⁹ Dieser Theorie liegt eine Dreiteilung zugrunde. Es gibt danach einerseits einen Begriffskern,

⁴⁷ Sog. *Sorites-Paradoxie*, der folgende Überlegung zugrunde liegt: Ein Korn stellt keinen Haufen dar (erste Annahme). Ein zusätzliches Korn macht aus einem „Nichtaufen“ keinen Haufen (zweite Annahme). Daraus scheint zu folgend, dass es keine Haufen gibt, was nach unserer Lebenswirklichkeit offensichtlich falsch ist.

⁴⁸ Siehe dazu: *Saintsbury*, Paradoxien, 2. Aufl. 2001, 41 ff.

⁴⁹ Siehe dazu: *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 194 ff.

in dem es eindeutig ist, dass etwas unter den Begriff fällt (positive Kandidaten). Ebenso eindeutig sind negative Kandidaten, die dem Begriff keinesfalls unterfallen. Im unscharfen Rand des Begriffs liegen die neutralen Kandidaten (auch Begriffshof genannt).

Wie bereits erwähnt, könnte sich im Ausgangsfall die Frage stellen, ob der allgemeine Sprachgebrauch Schäferhundmischlinge noch unter den Begriff Schäferhund „subsumiert“. Dem könnte entgegengesetzt werden, dass nur gezüchtete „reinrassige“ Schäferhunde unter den Wortlaut fallen und die Vorschrift bei jeglicher Kreuzung keine Anwendung findet.

Dagegen könnte wiederum eingewandt werden, dass der Sprachgebrauch das Wort Schäferhund auch dann noch für zutreffend hält, wenn ein Hund „ganz überwiegend“ ein Schäferhund ist. Andererseits kennt die Sprache in diesem Zusammenhang auch das Wort Mischling. Bei einer klaren Zuordnung kennt die Sprache diese Mischform auch unter konkreter Benennung der beteiligten Hunderassen, etwa Schäferhund-Labrador-Mischling. Wie ist es aber bei komplizierten „Mischungen“? Hier könnte eine Theorie etwa sagen: Wenn der Schäferhundanteil über 50 % ist, dann ist es noch ein Schäferhund und die Vorschrift anwendbar, usw. usf.

2. Systematik

In der systematischen Auslegung des Gesetzes finden sich – neben anderen Argumenten – vor allem zwei klassische Auslegungssätze:

Der erste Satz lautet wie folgt: „Lex specialis derogat legi generali“ (Das speziellere Gesetz geht dem allgemeinen vor). Wenn eine Norm einen Fall konkreter regelt, so geht dies zumeist einer allgemeineren Regelung vor. Der zweite Satz heißt: „Lex posterior derogat legi priori“ (Das spätere Gesetz geht dem früheren vor). Es wird vorausgesetzt, dass ein neueres Gesetz das ältere Gesetz ablöst („derogiert“). Problematisch kann das Verhältnis der Auslegungsgrundsätze zueinander sein.⁵⁰ Was ist, wenn das speziellere Gesetz das ältere ist? Zum anderen kann sich in der Praxis die Frage stellen: Was ist die speziellere Norm? Die eine Norm kann in dem einen Teilbereich, die andere in einem anderen spezieller sein. Dies aufzulösen, ist eine Frage des Einzelfalls.

⁵⁰ Häufig gelöst dadurch, dass dem „lex-specialis-Grundsatz“ der Vorrang gegeben wird: Es gelte „lex posterior generalis non derogat legi priori speciali“, siehe dazu: LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 14.1.2008 – L 8 SO 88/07 ER, Rn. 48; so auch bereits: BVerwG, Urt. v. 18.5.2000 – 5 C 29/98 unter Bezugnahme auf: BFH, Urt. v. 29.9.1993 – VII R 56/91.

Ein weiterer (allerdings bestrittener)⁵¹ Grundsatz ist: Ausnahmenvorschriften sind eng auszulegen („singularia non sunt extenda“). M.E. hat dieser Auslegungsgrundsatz durchaus seine Berechtigung, er darf aber nicht schematisch angewandt werden. Man könnte formulieren, dass bei einer Ausnahmenvorschrift die Begründungslast größer ist, sie weit auszulegen.

Darüber hinaus können sich systematische Argumente aus dem Gesamtgefüge des Gesetzes ergeben. Auch dies kann nicht abstrakt bestimmt werden und ist eine Frage des Einzelfalls.

Im Ausgangsfall könnte eine weitere Vorschrift im Tierschutzrecht hinzugedacht werden, die lautet, dass Halter nur dann Sicherungsmaßnahmen unternehmen müssen, wenn von Tieren eine konkrete Gefahr ausgeht. Ein Hundehalter könnte sich gegen das oben genannte Gesetz über die Pflicht zum Anleinen dann nicht mit dem Argument wehren, dass von seinem Hund keine konkrete Gefahr ausgeht. § 1 Abs. 1 des Gesetzes ist insoweit die speziellere Vorschrift (für Hunde).

Bei der Frage, ob auch andere Hunde unter den Maulkorbzwang gestellt werden, könnten Halter dieser Hunde argumentieren, dass es sich bei § 1 Abs. 2 des Gesetzes um eine Ausnahmenvorschrift nur für Schäferhunde handelt. Diese Vorschrift erweiternd auszulegen (oder eine Analogie anzunehmen) bedarf zumindest eines erhöhten Begründungsaufwands.

3. Entstehungsgeschichte

Bei der Auslegung nach der Entstehungsgeschichte der Norm stellt sich die Frage des Umgangs mit Gesetzgebungsmaterialien. Hierzu lassen sich zwei Extrempositionen formulieren, die so in der Praxis allerdings mittlerweile selten vertreten werden (zur Veranschaulichung allerdings dennoch dargestellt werden sollen):

a) Objektive und subjektive Theorie

Nach der subjektiven Theorie sind der Berücksichtigung historischer Argumente kaum Grenzen gesetzt. Entscheidend sind die Motive des Gesetzgebers in ihrem geschichtlichen Zusammenhang.⁵² Nach einer sehr weiten Form dieser Theorie muss der Rechtsanwender stets bestrebt sein, „sich [...] möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken.“⁵³

⁵¹ *Schneider*, JA 2008, 174 ff.

⁵² So die Charakterisierung in: BVerfG, Beschl. v. 17.5.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, Rn. 16; siehe auch: *Würdinger*, Rechtskultur 2 (2013), 79 ff.

⁵³ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl. 1963, § 21 S. 99.

Nach der objektiven Theorie ist *der im Gesetz objektivierter Wille* des Gesetzgebers maßgebend.⁵⁴

Soweit der Wille des Gesetzgebers relevant ist, stellt sich die Frage: Wie kann der Wille des Gesetzgebers gedacht werden? Der Gesetzgeber ist schließlich keine Person. Dennoch ist eine solche Zuschreibung (eines gemeinsamen Willens) auch über eine reine Fiktion hinaus möglich.⁵⁵ Es gibt gute Argumente dafür, dass sich das Ergebnis eines kollektiven Willensbildungsprozess nicht einfach auf die Intentionen des Einzelnen reduzieren lässt.⁵⁶ Die Einzelheiten sind hier nicht relevant.

Es schließt sich aber die Frage an, welche Äußerungen als „Wille des Gesetzgebers“ qualifiziert werden können. Nur die Aussagen in den Bundestags- und Bundesratsdrucksachen? Was ist etwa mit Aussagen einzelner Abgeordneter im Bundestagsplenum?⁵⁷

b) Ansicht des BVerfG und der Bundesgerichte

Die Gesetzgebungsmaterialien sind nach der ganz überwiegenden Rechtsprechung in der Auslegung – zumindest ergänzend – heranzuziehen. Zwar gilt nach der überwiegenden Ansicht in der Rechtsprechung der Bundesgerichte die sog. objektiv-historische Auslegung, nach der nicht allein der subjektive Wille des Gesetzgebers, sondern der in der Vorschrift objektivierter Wille entscheidend ist (siehe oben⁵⁸).⁵⁹ Auch nach dieser Ansicht werden jedoch – wie es das BSG ausführt – „wichtige Hinweise auf den Sinn und Zweck einer Vorschrift aus ihrer Vor- und Entstehungsgeschichte gewonnen. Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen stellen daher in jedem Falle eine maßgebliche Richtschnur für die am Gesetzeszweck orientierte Auslegung einer Vorschrift dar“.⁶⁰ Nach der „Standardformel“ des BVerfG für die Ermittlung des objektiven

⁵⁴ Siehe dazu näher: *Walz*, ZJS 2010, 482 (485) m.w.N.

⁵⁵ *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 236 ff.; *Sehl*, Was will der Gesetzgeber, 2019, S. 117 ff. insbesondere S. 126.

⁵⁶ Dazu: *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 237 m.w.N. (Fn. 214).

⁵⁷ Die Reden werden mitstenographiert und können im Internet abgerufen werden: www.bundestag.de/protokolle.

⁵⁸ Siehe II. 3. a).

⁵⁹ Siehe dazu die Ausführungen in: BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 V 1/08 R, Rn. 49 m.w.N.; so im Ergebnis auch: BSG, Urt. v. 12.9.2018 – B 4 AS 39/17 R, Rn. 23; siehe auch: BSG, Urt. v. 7.5.2019 – B 2 U 27/17 R; BSG, Urt. v. 23.5.2017 – B 1 KR 24/16 R, Rn. 14; BFH, Urt. v. 13.9.1966 – I 53/64, Rn. 11; BGH, Urt. v. 5.11.2019 – XI ZR 650/18, Rn. 30; BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, Rn. 54; BVerwG, Urt. v. 28.5.2019 – 3 C 6/17, Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 23.2.2018 – 7 C 9/16, Rn. 21.

⁶⁰ BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 V 1/08 R, Rn. 49.

Gesetzgeberwillen kommt den Gesetzesmaterialien für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, neben Wortlaut und Systematik eine Indizwirkung zu.⁶¹

Zu der Frage, auf welche Materialien zurückgegriffen werden kann, hat das BVerfG im Jahr 1980 ausgeführt, dass konkrete Vorstellungen, die von Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaften über die nähere Bedeutung oder Reichweite einer einzelnen Bestimmung, eines Normbestandteils oder eines Begriffs und ihrer Handhabung wie Wirkung geäußert werden, für die Gerichte keine bindende Anleitung darstellen.⁶² In einer neueren Entscheidung weißt das Gericht darauf hin, dass zur Ermittlung des Willens des Gesetzgebers die Begründung eines Gesetzentwurfes, der unverändert verabschiedet worden ist, die darauf bezogenen Stellungnahmen von Bundesrat (Art. 76 Abs. 2 Satz 2 GG) und Bundesregierung (Art. 76 Abs. 3 Satz 2 GG) und die Stellungnahmen, Empfehlungsempfehlungen und Berichte der Ausschüsse in Betracht zu ziehen sind. In solchen Materialien fänden sich regelmäßig die im Verfahren als wesentlich erachteten Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Personen.⁶³

c) Bewertung

Die Befassung mit dieser Thematik kann mitunter verwirrend sein. Es kann folgender Eindruck entstehen: Wenn das jeweilige Gericht der Auffassung ist, die in den Gesetzgebungsmaterialien niedergelegt ist, spielt dies in der Auslegung eine große Rolle. Im gegenteiligen Fall (das Gericht ist nicht der Ansicht, die in den Gesetzgebungsmaterialien zugrunde gelegt wurde), so sprechen die Gerichte oft vom objektivierten Willen des Gesetzgebers. Dies lässt sich wohl – über gewisse Widersprüchlichkeiten hinaus – nur mit der angesprochenen Indizwirkung erklären: Die Gesetzgebungsmaterialien können relevant sein, sie müssen es aber nicht in jedem Fall. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG⁶⁴ ist aber wohl als Aufwertung einer Argumentation mit den Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren zu verstehen.

Zu entscheiden, ob Gesetzgebungsmaterialien eine entscheidende Rolle zukommt, ist schwierig und wahrscheinlich nicht ganz frei von Präferenzen des Auslegers. Eine gewisse Unterscheidung ist m.E. aber danach möglich, wie prominent der Gesetzgeber seine Ansicht in den Dokumenten niedergelegt hat und ob aus dieser

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, Rn. 74; BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 32.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79, Rn. 60.

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, Rn. 74.

⁶⁴ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14.

Darlegung erkennbar ist, dass das Problem „richtig“ eingeschätzt wurde. Ist aus den Materialien erkennbar, dass das Problem nicht verstanden wurde, dann können diese Aussagen wohl tatsächlich nicht bindend sein. Zudem ist entscheidend, in wie weit die Äußerung des Gesetzgebers irgendeinen Widerhall im Gesetzeswortlaut gefunden hat.

Zu der Frage, auf welche Dokumente zurückgegriffen werden kann, liegt im Hinblick auf Berichte von Ausschüssen eine Widersprüchlichkeit in den beiden soeben zitierten Aussagen des BVerfG⁶⁵ vor. Nach meiner Erfahrung kommt es hierauf aber auch eher selten an. Man wird darüber hinaus formulieren können, dass eine Aussage einzelner Mitglieder der gesamtgebenden Körperschaften kaum Relevanz hat, die in Bundestags- und Bundesratsdrucksachen niedergelegten Stellungnahmen aber deutlich mehr.⁶⁶ Dabei ist es stets wichtig, auf den konkreten Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens zu achten, ob es also zum ursprünglichen Entwurf Änderungen gegeben hat.⁶⁷

Nehmen wir an, im Ausgangsfall findet sich folgende Aussage in den Gesetzgebungsmaterialien: „Sehr kleine, völlig ungefährliche Hunde müssen nicht angeleint werden.“ Hierauf könnten sich die Halter sehr kleiner, völlig ungefährlicherer Hunde berufen. Die Gegner einer solchen Auslegung würden entgegenhalten, dass sich diese Wertung nicht im Wortlaut des Gesetzes wiederfindet, der gerade keine speziellen Hunde ausnimmt.

4. Sinn und Zweck der Norm

a) Teleologische Auslegung im klassischen Sinne

Bei der Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm stellt sich zunächst folgende Ausgangsfrage: Ist neben der Auslegung unter 3. überhaupt noch eine Argumentation mit weiteren Zwecken möglich? Fraglich ist also, woher die Zwecke kommen,

⁶⁵ Siehe II. 3. b).

⁶⁶ Siehe dazu ausführlich: *Sehl*, Was will der Gesetzgeber, 2019, S. 149 ff. insbesondere: S. 204 ff., der allerdings einen Schwerpunkt auf die Ausschussdokumente setzt, da hier der entscheidende Teil der Gesetzgebungsarbeit vollzogen werde (S. 205). Die Bundestagsdrucksachen finden sich unter: www.bundestag.de/drucksachen, die Bundesratsdrucksachen unter: www.bundesrat.de/DE/dokumente/dokumente-node.html; jeweils zuletzt abgerufen 27.11.2022.

⁶⁷ Auf der Seite www.bundestag.de gibt es hierfür ein sehr hilfreiches Tool: → Dokumente → Dokumentations- und Informationssystem Hiermit können zu laufenden und abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahren die Beratungsverläufe abgerufen werden; zuletzt abgerufen 27.11.2022.

auf die hier rekurriert wird.⁶⁸ Kommen sie aus einer über das positive (geschriebene) Recht hinausgehenden Werteordnung?⁶⁹ In jedem Fall muss eine Trennung von eigenen Vorstellungen erfolgen. Auch ein reines Schauen auf die Rechtsfolge ist problematisch.

Ein Rückgriff auf eine über das positive Recht hinausgehende Werteordnung ist eher problematisch, auch wenn das BVerfG bei der Rechtsfortbildung einen gewissen Rückgriff auf derartige Wertungen in der Vergangenheit zugelassen hat (dazu unten⁷⁰: Gegensatz von Gesetz und Recht in Art. 20 Abs. 3 GG).⁷¹ Letztlich müssen die Wertungen, auf die in dieser Auslegung zurückgegriffen wird, grundsätzlich ebenfalls an gesetzgeberische Wertungen angeknüpft werden. Im Verfassungsstaat müssen Zwecke immer auf gesetzgeberische Setzungen zurückgreifen.⁷² Allerdings erkennt das BVerfG an, dass mit den Grundrechten über das Abwehr/Leistungsrecht auch eine objektive Werteordnung geschaffen wurde.⁷³

Darüber hinaus kann auf Normzwecke abgestellt werden, die allgemeiner sind als solche, die in der historischen Auslegung eine Rolle spielen.⁷⁴ Es kann sich etwa aus dem Sinn und Zweck einer bestimmten Art von Vorschrift, z.B. einer Übergangsvorschrift, ergeben, dass sie auf eine bestimmte Art und Weise auszulegen ist.⁷⁵

In gewissem Umfang können auch die Folgen einer Entscheidung berücksichtigt werden (dazu sogleich).⁷⁶ Allerdings ist hier Vorsicht geboten. Es muss vorrangig vom Tatbestand und nicht von der Rechtsfolge her gedacht werden.

Im Ausgangsfall könnte auch hier überlegt werden, ob sehr kleine, völlig ungefährliche Hunde vom Leinenzwang auszunehmen sind. Sinn und Zweck des Gesetzes sei – so könnte argumentiert werden – der Schutz der Öffentlichkeit vor „Übergriffen“ von Hunden. Wenn solche aber objektiv nicht drohten, so könne der Sinn und Zweck des Gesetzes auch nicht erfüllt werden.

⁶⁸ Kritisch zu einer teleologischen Auslegung etwa: *Herzberg*, NJW 1990, 2525 ff.

⁶⁹ So *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 122; ausführlich (und kritisch) zu derartigen Überlegungen: *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 195 ff.

⁷⁰ Siehe III. 2. a).

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, Rn. 38. Das BVerfG hat diesen Ansatz allerdings nicht fortgeführt, siehe III. 2. a).

⁷² *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 208.

⁷³ Ständige Rechtsprechung seit: BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, Rn. 47; daran ebenfalls anknüpfend: *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 166.

⁷⁴ Ähnlich: *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 164.

⁷⁵ Zu diesem Beispiel: SG Osnabrück, Urt. v. 16.4.2019 – S 16 AS 245/18, Rn. 33.

⁷⁶ Ausführlich: *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 175 ff.

Hier würde aber wohl die Grenze der Auslegung überschritten, da auch kleine Hunde klar unter den Wortlaut fallen. Ein Herausnehmen wäre nur im Wege der Rechtsfortbildung möglich.

Zu der bereits angesprochenen Frage der Subsumtion von Schäferhundmischlingen unter § 1 Abs. 2 des Gesetzes könnte argumentiert werden, dass Schäferhunde deshalb einen Maulkorb tragen müssen, weil die meisten Bissverletzungen auf Schäferhunde zurückgehen würden. Dabei sei nicht relevant, ob es sich um einen „reinrassigen“ Schäferhund handle. Auch Mischlingshunde seien für solche Bissverletzungen statistisch gleichermaßen verantwortlich (nehmen wir das mal an).⁷⁷

b) Exkurs: Folgenberücksichtigung, Nachbarwissenschaften und Empirie

Bei der Berücksichtigung von Folgen einer Entscheidung kann in einem gewissen Umfang auch auf Erkenntnisse aus den Sozialwissenschaften (und übriger Empirie) zurückgegriffen werden. Es wird hier also – ohne dass dies näher erörtert werden kann – davon ausgegangen, dass die Erforschung der der normativen Aussage zugrunde liegenden Bedingungen in der Wirklichkeit unter Nutzung der Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften der Jurisprudenz grundsätzlich möglich ist.⁷⁸

aa) Einordnung und Abgrenzungen

Erkenntnisse aus den Nachbarwissenschaften können an mehreren Stellen in der Rechtspraxis eine Rolle spielen. Zur Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands müssen also zunächst Abgrenzung nach dem Einsatzgebiet und dem Gegenstand der rezipierten Erkenntnisse vorgenommen werden.

⁷⁷ Die Diskussion um die Häufigkeit von Bissverletzungen gab es im Zusammenhang mit bestimmten landesrechtlichen Regelungen zu bestimmten Kampfhunderassen tatsächlich. Diesen Vorschriften unterfielen Schäferhunde gerade nicht. Im Hinblick auf eine mögliche Ungleichbehandlung wurde argumentiert, dass Schäferhunde bei Bissverletzungen einen höheren Wert aufweisen würden, als bestimmte Kampfhunde, siehe dazu etwa: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.9.2012 – OVG 5 A 2.06, Rn. 47; siehe auch: VG Hamburg, Urt. v. 1.9.2003 – 5 VG 3300/2000.

⁷⁸ *Grüber*, JZ 1974, 665, 668; *Wulforst* in: SGB 1971, 293, 294 ff.; dies wird teilweise bestritten. Dabei wird darauf rekurriert, dass Rechtswissenschaften und Sozialwissenschaften unterschiedliche Sphären der Wirklichkeit betreffen, nämlich erstere das Sollen und die Sozialwissenschaften das Sein: *Achterberg*, JZ 1970, 281 ff.; dagegen, also für die hier vertretene Meinung, ausführlich: *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, S. 248 ff.; *Lautmann*, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, 1971, S. 26 ff.; *Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1979, S. 19 ff.

Da das Thema des Aufsatzes die Methodenlehre ist, werden Möglichkeiten, Erkenntnisse der Sozialwissenschaften bei der Erfassung des Sachverhalts oder dem Stellen von Prognosen zu nutzen, nicht näher erörtert.⁷⁹ Auch das weite Feld der Berücksichtigung empirischer Daten in der Verhältnismäßigkeitsprüfung soll hier nicht im Vordergrund stehen.⁸⁰ Es geht darum, ob die Überlegungen zum Zweck der Norm einer empirischen Überprüfung standhalten. Dies kann vor allem in einer Folgenberücksichtigung (wirkt das Gesetz so, wie es nach dem Zweck der Fall sein soll?), aber auch in der allgemeinen Argumentation mit gesellschaftlichen Zusammenhängen der Fall sein.⁸¹ Es handelt sich um abstrakt-generelle Tatsachen, die der Auslegung der materiellen Rechtsnorm zugrunde liegen.⁸² Hierfür wird auch im deutschen Rechtsraum mittlerweile der im englischen Rechtsraum entwickelte Begriff der *legislative facts* gebraucht⁸³

Eine weitere Abgrenzung ist anhand des rezipierten Gegenstands notwendig. Es können Begriffe, aber auch normative und positive Theorien aus der fremden Wissenschaft herangezogen werden.⁸⁴ Hier soll uns vor allem um Letzteres gehen.⁸⁵ Damit sind Theorien zur Beschreibung, Erklärung und Prognose von Wirklichkeit gemeint, also etwa (aber nicht nur) die empirische Sozialforschung.⁸⁶ Eine Übertra-

⁷⁹ Hier soll empirische Sozialforschung an die Stelle sog. Alltagstheorie treten; dazu ausführlich: *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 14 ff. mit einer Urteilung in Erklärungsprobleme, Prognoseprobleme und Deskriptionsprobleme; ein ausführlicher Beispielfall – aus dem Strafrecht – findet sich auf Seite 83 ff.; zu weiteren Fällen zu den einzelnen Kategorien siehe: *Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1979, S. 57 ff., 70 ff. und 140 ff.; dabei darf nicht aus dem Blick verloren werden, dass in der Rechtspraxis mit den prozessualen Regelungen zur Beweiserhebung und -würdigung und zu offenkundigen und gerichtsbekanntem Tatsachen bereits ein ausdifferenziertes Regelwerk vorliegt. Eine Nutzung von sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen, etwa aus der Soziologie, kann dies m.E. nur ergänzen.

⁸⁰ Dazu ausführlich zu den Maßnahmen der Pandemiebekämpfung: *Kamil Abdusalam*, JöR 2021, 487 ff.

⁸¹ Siehe dazu allgemein: *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 369 ff.; *Jost*, Soziologische Feststellungen, 1979, S. 130 ff.; (leider teilweise veraltete) Beispiele aus dem Sozialrecht finden sich bei: *Wulfhorst*, SGB 1971, 336 ff.; zu Beispielen aus der Rechtsprechung des BSG in Zivilsachen: *Jost*, S. 118 ff.; siehe zur Nutzung soziologischer Erkenntnisse zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe: *Grüber*, JZ 1974, 665 ff.

⁸² BVerwG, Urt. v. 20.3.2012 – 5 C 5/11, Rn. 25.

⁸³ Siehe etwa: *Lepsius*, JZ 2005, 1, 1; *Kamil Abdusalam*, JöR 2021, 487, 489; diese können auch in der Revisionsinstanz noch überprüft werden, siehe etwa: BVerwG, Urt. v. 20.3.2012 – 5 C 5/11, Rn. 25 (wobei das Gericht hier von *legal facts* spricht).

⁸⁴ Siehe dazu näher: *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2007/7, 1, 2 ff.

⁸⁵ Für eine Begrenzung hierauf plädiert: *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 65 ff.

⁸⁶ Siehe dazu näher: *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2007/7, 1, 5 f.

gung normativer Theorien aus anderen Wissenschaften ist, was den Rezeptionsvorgang angeht, zumindest deutlich anspruchsvoller und kann hier nicht im Einzelnen dargestellt werden.

bb) *Der Rezeptionsprozess*⁸⁷

Zur Vorbereitung einer Nutzung der Erkenntnisse aus Nachbarwissenschaften in der hier vorgestellten Weise ist es wichtig, zunächst deskriptive Aussagen, die der Auslegung zugrunde liegen, „herauszuschälen“. Dies kann durchaus anspruchsvoll sein, denn häufig wird (zumindest auch) mit normativen Implikationen argumentiert. Bei der Überprüfung dieser Aussagen kann uns die empirische Sozialforschung aber nur sehr bedingt helfen. Zudem stellt sich ganz praktisch die Frage, wo auf außerjuristische Forschungsarbeiten zurückgegriffen werden kann. Hier bieten sich folgende Datenbanken an: SSRN, JSTOR, EBSCO.⁸⁸

Anschließend sind die gefundenen Ergebnisse zu würdigen. Auch, wenn wir uns vorrangig mit positive Theorien befassen, ist zu untersuchen, wo in der Theorie oder der Erhebung der Daten Wertungen enthalten sind. Auch solche Theorien enthalten (versteckte) Wertungen.⁸⁹ Eine völlig objektive Erhebung von Daten ist nicht möglich.⁹⁰ Deshalb kann die Jurisprudenz diese Aufgabe nicht einfach delegieren.⁹¹

Anschließend ist eine Einpassung in juristische Überlegungen notwendig. Die juristische Methodenlehre ist von der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht geprägt.⁹² Dies setzt der Berücksichtigung von Ergebnissen aus Nachbarwissenschaften Grenzen.⁹³ Es handelt sich nicht um eine freie Auslegung, sondern die Erkenntnisse finden innerhalb der Grenzen der juristischen Methodenlehre Anwendung.

⁸⁷ Die Darstellung orientiert sich an: *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, 1, 11 ff.

⁸⁸ <https://papers.ssrn.com/>; <https://www.jstor.org/>; <https://search.ebscohost.com/>; zuletzt abgerufen 27.11.2021.

⁸⁹ *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, 1, 12; *Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende? Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2010/10, 1, 12 ff.; weitergehend noch: *Augsberg*, Der Staat 51 (2012), 117 ff.

⁹⁰ Dies gilt auch dann, wenn das erkenntnistheoretische Problem, wie eine solche objektive – wohl besser: intersubjektive – Wirklichkeit gedacht werden kann, vernachlässigt wird. Siehe dazu: *Augsberg*, Der Staat 51 (2012), 117 ff.; zu den Problemen empirischer Sozialforschung in diesem Zusammenhang: *Opp*, Soziologie und Recht, 1973, S. 49 ff.

⁹¹ *Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende, 1, 16 f.

⁹² Siehe dazu: Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 97 Abs. 1 GG.

⁹³ *Wulffhorst*, SGB 1971, 293, 294; *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, 1, 9.

Im Ausgangsfall könnte anhand empirischer Daten überprüft werden, ob Schäferhunde tatsächlich für mehr Bissverletzungen verantwortlich sind. Auch hier würde aber die Auslegung verlassen. Dieses Argument wäre also eher bei einer verfassungsrechtlichen Überprüfung der Norm zu nutzen.

Ein Beispiel aus dem Sozialrecht, in dem auf empirische Sozialforschung zurückgegriffen werden kann, ist die Berücksichtigung von Einkommen des „Stiefelternteils“ bei der Bedarfsberechnung des „Stiefkinds“.⁹⁴ Nach § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II ist das Einkommen des neuen Partners des leiblichen Elternteils auf den Bedarf des „Stiefkinds“ anzurechnen, obwohl dieses zivilrechtlich keinen Unterhaltsanspruch hat. Dies hat das BSG als verfassungsgemäß angesehen. Es sei dem Partner zwar ohne rechtlichen Hinderungsgrund möglich, sein Einkommen ausschließlich zur Befriedigung eigener Bedürfnisse oder zur Erfüllung eigener Verpflichtungen zu verwenden. Der Gesetzgeber dürfe aber gleichwohl davon ausgehen, dass dieser Konflikt innerhalb der Bedarfsgemeinschaft ausgetragen und gelöst werde, ohne dass das Kindeswohl gefährdet wird.⁹⁵ Ob dies realistisch ist, lässt sich anhand empirischer Sozialforschung überprüfen. Dabei müssen wir zunächst im ersten Schritt die empirische These/Frage herausarbeiten. Diese ist nicht, ob der Gesetzgeber eine Konfliktlösung verlangen kann (normativ), sondern, ob eine solche Konfliktlösung in der Praxis tatsächlich gelingt und in welchem Umfang dies der Fall ist. Im zweiten Schritt müssten Studien zu dem Thema rausgesucht und kritisch gewürdigt werden. Geben die Studien auf diese konkrete Frage eine Antwort? Wenn ja: Wie wurde ein „Konflikt“ oder eine „Gefährdung des Kindeswohls“ definiert? Wie wurden die Daten erhoben? Nehmen wir an, das Ergebnis wäre, dass es häufig nicht zu einer Lösung des Konflikts kommt und eine Unterdeckung des Bedarfs des Kinds die Folge ist, so muss im dritten Schritt gefragt werden, wie sich dies auf das Gesamtergebnis der Auslegung auswirkt. Hier sind zwei Ebene zu unterscheiden, die sich allerdings gegenseitig beeinflussen. Zum einen ist zu fragen, was die übrigen Auslegungskriterien ergeben und ein Gesamtergebnis der Auslegung herauszuarbeiten. Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Unterdeckung des Bedarfs mit der Verfassung (dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) nicht vereinbar ist, so stellt sich zudem die Frage, ob ein verfassungskonformes Ergebnis noch innerhalb der Auslegung möglich ist oder eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG geboten ist. Dies leitet zum nächsten Abschnitt über.

⁹⁴ Voigt/Greiser, ZfSH/SGB 2022, 80, 89 ff.

⁹⁵ BSG, Urt. v. 13.11.2008 – B 14 AS 2/08 R, Rn. 37.

5. Sonderfall: Verfassungskonforme Auslegung

a) Einordnung

Zunächst ist näher zu definieren, was die verfassungskonforme Auslegung eigentlich ist. Unter diesem „Label“ werden sehr unterschiedliche Argumentationsmuster zusammengefasst. Nach einer aktuellen Einteilung kann man wohl folgende Fallgestaltungen unterscheiden:⁹⁶ Die verfassungsorientierte Auslegung, die verfassungskonforme Auslegung im engeren Sinne und die verfassungskonforme Rechtsfortbildung.

Mit der verfassungsorientierten Auslegung wird der Inhalt der Norm erschlossen.⁹⁷ Die Verfassung ist hier nur ein Punkt in der Abwägung. Diese Überlegung muss sich bei der Auslegung also nicht zwingend „durchsetzen“.⁹⁸ Die Einzelheiten sind umstritten.⁹⁹ Das BVerfG nutzt diesen Terminus nicht, sondern spricht von der „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte oder einer mittelbaren Drittwirkung.¹⁰⁰ Mit der verfassungsorientierten Auslegung kann schließlich auch eine Ausfüllung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen gemeint sein.¹⁰¹ Diese sind nach Rechtsprechung des BVerfG ein „Einfallstor“ für die Grundrechte.¹⁰²

Stärker in der Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte ist die verfassungskonforme Auslegung im engeren Sinne. Diese Vorzugsregel besagt, dass in dem Fall, dass von mehreren Auslegungsergebnissen nur eines mit der Verfassung vereinbar ist, diese Auslegung zu wählen ist.¹⁰³ Diese Form der verfassungskonformen Auslegung dürfte so gut wie unbestritten sein und wird so auch vom BVerfG angewendet.¹⁰⁴ All dieses befindet sich nach der obigen Einteilung noch im Rahmen der Auslegung (auch wenn die Konkretisierung von Generalklauseln teilweise als Rechtsfortbildung angesehen wird¹⁰⁵).

⁹⁶ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 377 ff.; etwas abweichend (vier Kategorien): Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung, 2009, S. 23 ff.

⁹⁷ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 378.

⁹⁸ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 379.

⁹⁹ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 378.

¹⁰⁰ Siehe beispielsweise: BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 32.

¹⁰¹ Diese Fallgruppe wird bei Lembke als weitere Kategorie gesondert behandelt. Diese weitere Unterteilung bringt m.E. aber keine wirklichen Vorteile.

¹⁰² BVerfG, Beschl. v. 14.9.2010 – 1 BvR 1504/10, Rn. 13.

¹⁰³ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 377; Lembke, Einheit aus Erkenntnis, 2009, S. 32.

¹⁰⁴ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, Rn. 30.

¹⁰⁵ Siehe dazu: Lembke, Einheit aus Erkenntnis, 2009, S. 36, mit Nachweisen in Fn. 71.

Davon abzugrenzen ist die dritte Gruppe, die verfassungskonforme Rechtsfortbildung, bei der die Grenze des möglichen Wortsinns überschritten wird. Es dürfte Einigkeit bestehen, dass es solche Fälle faktisch in der Rechtsprechung des BVerfG gibt,¹⁰⁶ auch wenn dies teilweise ggf. nicht als solches benannt wird. Den Terminus verfassungskonforme Rechtsfortbildung benutzt das BVerfG zudem nicht. Eine solche Rechtsfortbildung könnte Gefahr laufen, die hierfür entwickelten Kriterien (in den meisten Fällen: eine planwidrige Regelungslücke, dazu unten¹⁰⁷) zu unterlaufen. Zwar könnte hiergegen argumentiert werden, dass die Planwidrigkeit des einfachen Rechts deshalb in einem solchen Fall nicht relevant ist, da höherrangiges Recht entgegensteht. Dennoch können sich hier m.E. Probleme mit der Bindung des Richters an Gesetz und Recht ergeben (dazu auch unten¹⁰⁸).

Auch das BVerfG dürfte sich an die selbst gesetzten Grenzen der Rechtsfortbildung zu halten haben. Insoweit verwendet das BVerfG seit 1997 die Formel, dass die Rechtsfortbildung die gesetzgeberische Grundentscheidung und deren Ziele respektieren und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgen müsse.¹⁰⁹ In der fachgerichtlichen Rechtsprechung ist darüber hinaus problematisch, dass mit einer solchen verfassungskonformen Rechtsfortbildung das Verwerfungsmonopol des BVerfG aus Art. 100 GG umgangen wird. Erkennt man den Wortlaut als Grenze der (verfassungskonformen Auslegung) an (dazu oben¹¹⁰), dann ist eine solche Rechtsfortbildung allgemein nicht möglich.¹¹¹

b) Begrenzung der verfassungskonformen Auslegung

aa) Ist der Wortlaut eine Grenze?

Da es sich um eine Auslegung handelt, muss der mögliche Wortsinn nach der hier vertretenen Ansicht letztlich auch Grenze der verfassungskonformen Auslegung sein.¹¹² Die Rechtsprechung des BVerfG ist nicht einheitlich.¹¹³ So heißt es in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 zum Beispiel: „Die Möglichkeit einer

¹⁰⁶ So auch die Bewertung von Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2019, S. 386.

¹⁰⁷ Siehe III. 1. a).

¹⁰⁸ Siehe III. 2. b).

¹⁰⁹ Zuletzt: BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 30 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁰ Siehe I. 1.

¹¹¹ Siehe zur oben (siehe I. 1.) bereits festgestellten Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung des BVerfG insoweit auch: Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2019, S. 386.

¹¹² Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaften*, 3. Aufl. 1991, S. 161.

¹¹³ Ebenso: Sauer, *Wortlautgrenze der verfassungskonformen Auslegung?*, S. 3 f., abrufbar im Internet auf der Seite der rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (15.7.2020).

verfassungskonformen Auslegung endet [...] dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte“.¹¹⁴ Dies dürfte so zu verstehen sein, dass die verfassungskonforme Auslegung erst dort endet, wo sie neben dem Wortlaut auch mit dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch tritt.¹¹⁵ Allerdings heißt es in der gleichen Entscheidung wiederum: „Das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung muss [...] nicht nur vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein, sondern auch die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahren“.¹¹⁶ Letztlich lässt das BVerfG die Frage in der zitierten Entscheidung offen, wenn es formuliert, dass „allein der Wortlaut einer Vorschrift nicht in jedem Fall eine unüberwindliche Grenze für die verfassungskonforme Auslegung bilden“ möge.¹¹⁷

In früheren Entscheidungen hatte das BVerfG unter anderem ausgeführt, dass der Richter „am Wortlaut einer Norm [...] nicht haltzumachen“ brauche.¹¹⁸ Eine Auslegung gegen den Wortlaut einer Norm sei nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass ihr Sinn im Text unzureichend Ausdruck gefunden habe.¹¹⁹ Andererseits hat das BVerfG mehrfach eine verfassungskonforme Auslegung wegen des „klaren Wortlauts“ abgelehnt.¹²⁰ Zumindest über Letzteres dürfte Einigkeit herrschen.¹²¹

bb) Grenze: Wille des Gesetzgebers

In der neueren Rechtsprechung des BVerfG kristallisiert sich der klare Wille des Gesetzgebers als (weitere) Grenze der verfassungskonformen Auslegung heraus.

Zwar gilt einerseits, dass einer verfassungskonformen Auslegung nicht entgegen steht, dass eine nicht mit der Verfassung vereinbare Auslegung eher dem subjektiven Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte.¹²² Andererseits hat das Gericht bereits 1958 entschieden, dass eine solche verfassungskonforme Auslegung keinesfalls das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder

¹¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 86.

¹¹⁵ SG Osnabrück, Beschl. v. 27.1.2020 – S 44 AY 76/19 ER, Rn. 39.

¹¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 86.

¹¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 93.

¹¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69, Rn. 49, dazu bereits oben unter I.

¹¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 22/93, Rn. 34, dazu bereits oben unter I.

¹²⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.4.1967 – 1 BvL 25/64, Rn. 40; unter Bezugnahme auf den „eindeutigen Wortlaut“: BVerfG, Beschl. v. 8.2.1983 – 1 BvL 20/81, Rn. 38.

¹²¹ Dazu: *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis, 2009, S. 121 mit weiteren Nachweisen: Fn. 513.

¹²² BVerfG, Urt. v. 9.2.1982 – 1 BvR 845/79, Rn. 87.

verfälschen darf.¹²³ Diesen Rechtssprechungsstrang hat das BVerfG im Jahr 2018 in einem Urteil zu Kettenbefristungen im Arbeitsrecht aufgenommen und gestärkt.¹²⁴

Schwierig einzuordnen ist, wann ein solcher wesentlicher Punkt vorliegt. Eine kurze Erwähnung einer Ansicht in einer Bundestagsdrucksache dürfte dafür nicht hinreichend sein. Es muss sich anhand der gesamten Konzeption des Gesetzes um eine wesentliche Richtungsentscheidung handeln. Über eine solche Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers können sich die Gerichte dann, auch wenn sie das Gesetz für verfassungswidrig halten, nicht hinwegsetzen.

III. Rechtsfortbildung

Eine Systematisierung der Rechtsfortbildung ist schwierig. Es dürfte sich um einen Bereich handeln, der sich gegen eine Systematisierung „sträubt“. Nach *Larenz/Canaris* kann eine Unterscheidung danach erfolgen, ob es sich um eine gesetzesimmanente oder eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung handelt.¹²⁵ Erstere hält sich innerhalb des Plans des Gesetzes, die zweite geht darüber hinaus.

1. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

Bei der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung ist das Gesetz – nach seinem eigentlichen Plan (Sinn und Zweck) – in seinem Wortlaut entweder zu weit oder zu eng gefasst. Ist der Wortlaut zu eng ist eine Analogie zu prüfen. Ist der Wortlaut zu weit, eine teleologische Reduktion. Beide Auslegungsformen haben eine planwidrige Regelungslücke zur Voraussetzung.

a) Planwidrige Regelungslücke

Zur Bestimmung dieser Voraussetzung ist zunächst der Begriff der Lücke näher zu betrachten, anschließend der der Planwidrigkeit. Teilweise sind die Ebenen nicht genau zu trennen.

aa) Begriff der Lücke

Bereits der Begriff der Lücke hat eine Wertungsebene.¹²⁶ Eine Mauer kann nur deshalb als lückenhaft erkannt werden, weil dies dem Sinn und Zweck, eine Abgrenzung zu schaffen, nicht gerecht wird. Eine „Lücke“, um einen Eingang zu schaffen,

¹²³ BVerfG, Beschl. v. 11.6.1958 – 1 BvL 149/52, Rn. 22.

¹²⁴ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14.

¹²⁵ *Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 191 ff. und S. 232 ff.*

¹²⁶ *Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 17 f.*

wird nicht als Lücke erkannt. Dabei kann sich der Bewertungsmaßstab aus der Sache selbst oder einem externen Bezugspunkt ergeben.¹²⁷

Exkurs: Der Begriff der Lücke wird dabei von *Larenz* und *Canaris* unterschiedlich gebraucht. *Canaris* wendet den Begriff weit an und nutzt ihn auch zur Rechtfertigung einer gesetzesüberschreitenden Rechtsfortbildung.¹²⁸ Hier ergibt sich die für die Bestimmung der Lücke notwendige (planwidrige) Unvollständigkeit des Gesetzes nicht aus dem Plan des Gesetzes, sondern aus einem Vergleich mit der Gesamtrechtsordnung oder rechtsethischen Prinzipien.¹²⁹ *Larenz* hingegen benutzt den Begriff in den Vorauslagen nur für die Rechtfertigung der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung.¹³⁰

Gegen die Einteilung von *Canaris* kann eingewandt werden, dass das Gesetz nach Wortlaut und seinem Plan bei einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung gerade nicht lückenhaft ist. Allerdings muss auch dort von einer fehlenden oder „falschen“ Regelung ausgegangen werden, andernfalls wäre die Rechtsfortbildung schließlich nicht notwendig. Dies wird durch die Lückenmetapher recht gut abbildet. Kompliziert ist an der Begriffsbildung von *Canaris*, dass die Lücke dann einmal durch den Plan des Gesetzes definiert wird (bei der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung) und einmal anhand darüber hinaus gehender Wertungen (bei der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung). Das lädt zu Verwechslungen ein, weshalb die Einteilung von *Larenz* letztlich vorzuziehen ist.

bb) Planwidrigkeit

Bei der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung wird die Planwidrigkeit anhand des Planes des Gesetzes (also intern) beurteilt. Eine planwidrige Regelungslücke liegt vor, wenn nach dem Plan des Gesetzes der nicht geregelte Fall eigentlich geregelt sein müsste.

Die Planwidrigkeit zu definieren, ist schwierig. Eine solche kann jedenfalls nicht bei einem „beredten Schweigen“ des Gesetzgebers vorliegen. Wenn der Gesetzgeber einen Fall explizit nicht regeln wollte, dann liegt keine planwidrige Regelungslücke vor. Die Planwidrigkeit ist m.E. vorrangig vom Willen des Gesetzgebers her

¹²⁷ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 18.

¹²⁸ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 35 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 246 ff.

¹²⁹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 246 ff.

¹³⁰ Zitiert nach: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 246 Fn. 145.

zu bestimmen.¹³¹ Allerdings kann dies nicht allein an den Gesetzgebungsmaterialien erfolgen.¹³² Teleologische Aspekte und solche aus der historischen Entwicklung (Änderungen der Vorschrift, der gesellschaftlichen oder anderweitigen rechtlichen/tatsächlichen Grundlagen) müssen mit aufgenommen werden – zumindest als tatsächliche Vermutung, dass der Gesetzgeber diesen Fall wohl nicht gesehen hat.

In den Gesetzesmaterialien gibt es häufig keinen Hinweis auf das zu lösende Problem. Kann aus einem fehlenden Hinweis dann auf eine Planwidrigkeit geschlossen werden? Dies ist eine Frage des Einzelfalls. Teilweise kann von der Besonderheit des Falls und der fehlenden Aussage in den Gesetzgebungsmaterialien auf eine Planwidrigkeit geschlossen werden.¹³³ Das ist aber nicht immer möglich.

c) Interessenslage

Neben der planwidrigen Regelungslücke ist bei der Gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung eine zweite Voraussetzung zu erfüllen, die sich am Sinn und Zweck der Norm orientiert.

Für eine Analogie muss eine vergleichbare Interessenslage zwischen dem geregelten und dem ungeregelten Fall vorliegen. Bei der teleologischen Reduktion muss ein Fall vorliegen, der von Sinn und Zweck der Norm nicht mehr gedeckt ist (also quasi das Gegenteil zu einer Analogie).

Im Ausgangsfall wären die bereits mehrfach zitierten sehr kleinen und völlig ungefährlichen Hunde ein Fall für eine teleologische Reduktion. Der Wortlaut erfasst diese Hunde zwar. Aber der Sinn und Zweck der Vorschrift, die Öffentlichkeit zu schützen, macht ein Anwenden des Leinenzwangs bei objektiv ungefährlichen Hunden nicht nötig. Es könnte argumentiert werden, dass der Wortlaut also zu weit ist.

Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht, dass der Gesetzgeber den Fall gesehen hat, aber keine Ausnahmeregelung geschaffen hat. Andererseits wollte der Gesetzgeber diesen Fall ausnehmen. Hier dürfte beides vertretbar sein.

Ggf. liegt hier ein sog. „beredtes Schweigen“ vor. Der Gesetzgeber hat diese Konstellation gesehen, aber absichtlich keine Ausnahmegesetzgebung geschaffen. Es könnte

¹³¹ A.A. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 38.

¹³² Insoweit übereinstimmend zu: *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 38 Fn. 39.

¹³³ SG Osnabrück, Urt. v. 26.8.2009 – S 16 AL 131/08, Rn. 47 (bezüglich der Gesetzgebungsmaterialien keine Ausführung, implizit vorausgesetzt); SG Osnabrück, Beschl. v. 18.1.2008 – S 16 AY 30/07 ER, Rn. 38 ff. mit Ausführungen zu den Gesetzgebungsmaterialien.

sich hier etwa aus späteren Dokumenten aus dem Gesetzgebungsverfahren ergeben, dass mit der Regelung eine möglichst einfache und klare Anwendung ermöglicht werden soll. Es solle gerade nicht jeder selbst entscheiden, ob sein Hund nun gefährlich ist oder nicht. Hier vermischen sich die Prüfungspunkte a und b.

Ein klassischer Fall für eine Rechtsfortbildung liegt vor, wenn sich ein neues Problem stellt. Wegen der vermehrten Wölfe in Deutschland gibt es mittlerweile wieder Hybriden zwischen Hund und Wolf. Wenn der Gesetzgeber diesen Fall nicht sehen konnte oder er bei Erlass des Gesetzes keine Rolle gespielt hat, ist eine planwidrige Regelungslücke naheliegend. Dies setzt aber voraus, dass man diese Hybriden nicht unter den Wortlaut „Hund“ subsumiert. Wird der Begriff in § 1 Abs. 1 des Gesetzes nach dem biologischen Fachterminus ausgelegt, wären derartige Hybride vom Gesetz erfasst.

Ein weiterer Fall der Analogie wäre eine Anwendung des § 1 Abs. 2 des Gesetzes auf andere Hunde, bei denen sich Bissvorfälle häufen.

2. Gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung

a) Grundlage

Es gibt unterschiedliche Begründungsansätze für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung. Teilweise wird auf eine Lückenhaftigkeit des positiven (geschriebenen) Rechts abgestellt. In der sog. Soraya-Entscheidung aus dem Jahr 1973 führte das BVerfG aus, dass das positive Recht nicht lückenlos sei.¹³⁴ Folge sei die Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung.¹³⁵ Ebenfalls in der Soraya-Entscheidung griff das BVerfG darauf zurück, dass die Rechtsfortbildung auch daher seine Berechtigung habe, dass der Richter nach Art. 20 Abs. 3 GG nicht nur an das Gesetz (das geschriebene Recht), sondern auch an das Recht, als darüber hinausgehende verfassungsgemäße Rechtsordnung gebunden sei. Der Richter müsse Wertvorstellungen, die der verfassungsgemäßen Ordnung immanent seien, aber im geschriebenen Recht nur unvollständig zum Ausdruck gelangt seien, „ans Licht bringen“.¹³⁶

In neueren Entscheidungen hat das BVerfG diese Begründungsansätze nicht mehr fortgesetzt. Aktuell bezieht es sich eher auf pragmatische Argumente. Die Rechtsfortbildung gehöre „traditionell zu den Aufgaben der Rechtsprechung.“¹³⁷ Ähnlich

¹³⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, Rn. 38.

¹³⁵ Siehe dazu näher auch: *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 65.

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, Rn. 38.

¹³⁷ BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 29.

pragmatisch ist das Argument angelegt, dass der Gesetzgeber in den prozessualen Zuständigkeitsregelungen den obersten Gerichtshöfen des Bundes die Aufgabe der Rechtsfortbildung zuweise.¹³⁸

b) Grenzen der Rechtsfortbildung

Kriterien für eine Begrenzung der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zu finden, ist schwierig. Letztlich geht es hierbei um Kompetenzabgrenzungen zwischen Legislative und Judikative. Zumeist wird hier eine Begrenzung durch Verfassungsrecht – Gewaltenteilung, Gesetzesbindung, Vorbehalt des Gesetzes – erörtert. M.E. ist eine Grenzziehung am besten aus der Gesetzesbindung möglich.¹³⁹ Auch wenn es schwierig ist, hier einzelne Kriterien zu finden, so lässt sich die Abgrenzung zwischen einer Rechtsfortbildung, die sich mit der Gesamtrechtsordnung noch ein Einklang bringen lässt und damit der Bindung des Richters an Gesetz und Recht noch entspricht und einem Judizieren contra legem (also gegen das Gesetz) in den meisten Fällen begründen.¹⁴⁰ Das BVerfG verwendet – wie bereits zitiert¹⁴¹ – seit 1997 die Formel, dass Rechtsfortbildung die gesetzgeberische Grundentscheidung und deren Ziele respektieren und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgen müsse.¹⁴²

Letztlich muss diese Form der Rechtsfortbildung der absolute Ausnahmefall bleiben. Ganz auf diese Kategorie zu verzichten ist aber auch nicht möglich. Die früheren Rechtsinstitute der culpa in contrahendo (c.i.c.) und der positiven Vertragsverletzung (p.V.V.),¹⁴³ aber auch der Anspruch auf Schmerzensgeld bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts,¹⁴⁴ sind derartige Beispiele. Außerdem ist diese Art der Rechtsfortbildung zumindest eine soziale Realität und bedarf deshalb auch der Regulierung (Machtbegrenzung, Gewaltenteilung). Ggf. ist diese Form der Rechtsfortbildung auch einfach ein Nutzen der faktischen Möglichkeit der Obergerichte. Wird die Rechtsfortbildung dann anerkannt, wird sie nachträglich legitimiert.

¹³⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 29.

¹³⁹ Das ist auch die gängigste Begründung, siehe dazu die Nachweise bei: *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 80 ff.; zu einem alternativen Ansatz einer Grenzziehung aus dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes siehe: *Kruse*, S. 141 ff.

¹⁴⁰ Kritisch hierzu: *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 83 ff.

¹⁴¹ Siehe II. 5. a).

¹⁴² Zuletzt: BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 30 m.w.N.

¹⁴³ Zur c.i.c.: *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, 35 ff.; zur p.V.V. etwa: BGH, Urt. v. 4.3.1982 – I ZR 107/80.

¹⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 – Soraya.

c) Verhältnis zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung

Die Fälle der verfassungskonformen Rechtsfortbildung und der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung dürften sich in Teilen überschneiden. Wenn die Lücke, die nicht anhand des Planes des Gesetzes gefunden werden kann, sich im Vergleich mit der verfassungsmäßigen Ordnung als Werteordnung ergibt, dürften die Argumentationsformen vollständig übereinstimmen. Nicht immer wird bei der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung aber mit der Verfassung argumentiert.

IV. Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, welche unterschiedlichen Formen der Auslegung und Rechtsfortbildung in der Rechtswissenschaft üblicherweise herangezogen werden. Sie hat gewisse Ambivalenzen aufgezeigt. Auslegung und Rechtsfortbildung sind nicht völlig frei von subjektiven Präferenzen und Vorwertungen.¹⁴⁵ Sinn und Zweck einer methodengerechten Begründung und von Methodenlehre selbst kann in einem solchen Fall nur sein, diese Wertungselemente offen zu legen. Hierfür ist allerdings eine genaue Kenntnis der Instrumente der juristischen Argumentation notwendig. Andernfalls können solche Wertungen hinter allgemein gültig klingenden Aussagen „versteckt“ werden. Neben dem positiven Effekt für das Verständnis von Meinungsstreitigkeiten in der Jurisprudenz kann die Methodenlehre also auch eine Hilfe sein, Entscheidungen besser zu verstehen und die dahinterstehenden Wertungen besser zu begreifen und einzuordnen.

¹⁴⁵ Siehe dazu ausführlich: *Greiser*, ZfSH/SGB 2014, 599 ff.; *ders.*, VSSR 2014, 241 ff.