

Jieer Xu*

Rangfolge der Auslegungskriterien

Abstract

In der deutschsprachigen Methodik ist die Frage umstritten, ob es eine Rangfolge der klassischen Auslegungskriterien (Grammatik, Systematik, Entstehungsgeschichte, Teleologie) gibt. Der folgende Beitrag setzt sich mit dieser Diskussion auseinander, indem vorgefundene Lösungsvorschläge gruppiert und kritisch betrachtet werden. Thematisch übergeordnet geht es um eine Rationalisierung der Rechtsanwendung sowie die Realisierung von Gesetzesbindung. Vor diesem Hintergrund soll die Rangfolgebildung die Verlässlichkeit der richterlichen Entscheidung gewährleisten. Der Beitrag zeigt, dass eine solche Rangfolge in der juristischen Methodik ein Wunschbild bleiben muss, und stellt notwendige Verknüpfungen zu den ewigen Kontroversen hinsichtlich eines „objektiven“ oder „subjektiven“ Auslegungsziels sowie der Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung her, die sich hinter der Rangfolgefrage verbergen.

* Die Verfasserin ist Studentin in der Examensvorbereitung an der Bucerius Law School, Hamburg. Der vorliegende Beitrag entstand im Sommer 2014 als Examensseminararbeit im Schwerpunktbereich „Grundlagen des Rechts“ bei Prof. Dr. Christian Bumke und Prof. Dr. Anne Röthel und wurde mit 17 Punkten bewertet. Gedankt sei an dieser Stelle Marcel Kahl für die Ermutigung zur Veröffentlichung.

I. Einleitung

Während der universitären Ausbildung wird dem Studenten der Rechtswissenschaft vermittelt, dass es bei der juristischen Klausur nicht darauf ankomme, zu einem bestimmten, der Lösungsskizze entsprechenden Ergebnis zu gelangen, sondern den eingeschlagenen Weg nachvollziehbar und strukturiert zu begründen.¹ Besonders vorbildlich sei dabei eine dialektische Erörterung der Argumente innerhalb der Kriterien des klassischen Methodenkanons, der die Auslegung einer Rechtsnorm nach ihrer Grammatik, Systematik, Entstehungsgeschichte und Teleologie umfasst.² Mit einer ernsthaften Argumentation komme man sodann zu einem „gut“ oder zumindest „noch“ vertretbaren Ergebnis.

Indes stellt sich bei der Rechtsanwendung durch die Gerichte nicht allein die Frage nach der Vertretbarkeit der richterlichen Entscheidung; im Mittelpunkt steht vielmehr ihre Richtigkeit oder zumindest Verlässlichkeit. Vor allem das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG verlangt, dass die Entscheidung auf methodisch korrektem Wege gefunden wird, in gewissen Maßen vorhersehbar ist und rational überprüft werden kann.³ In diesem Kontext sind die herkömmlichen Auslegungskriterien mit der Zeit unter heftige Kritik geraten: Sie würden nur noch selektiv eingesetzt, um ein vorgewähltes Ergebnis nachträglich zu rechtfertigen,⁴ und stünden insofern bei der Rechtsanwendung in Abhängigkeit zum Vorverständnis des Richters bzw. der gegenwärtigen Ideologie.⁵

¹ Es gilt der allgemeine Bewertungsgrundsatz, der sich bei berufsbezogenen Prüfungen aus Art. 12 Abs. 1 GG ergibt, dass eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch gewertet werden darf, vgl. BVerfGE 84, 34 (55); wörtlich „nicht das Ergebnis, sondern die Begründung“ sei ausschlaggebend, *Kudlich/Christensen*, Juristisches Argumentieren, JuS 2002, 144 (144).

² Vgl. *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 249 ff.; im Folgenden werden die Begriffe „Auslegungskriterien“ und „Canones“ grds. synonym für die Bestandteile des klassischen Methodenkanons verwendet, ohne sich damit einer bestimmten Methodenlehre anzuschließen.

³ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 175 ff.

⁴ Vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964, S. 117 m.w.N.; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien in der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, S. 123.

⁵ Gerade im nationalsozialistischen Unrechtsstaat wurde der Methodenkanon zur Festigung und sogar Verstärkung ungerechter Ziele missbraucht, *Raisch*, Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, 1995, S. 133; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, Rn. 640.

Um eine willkürliche Methodenwahl zu unterbinden, hat sich in der deutschsprachigen Methodik die Diskussion über die Möglichkeit einer Rangfolge der Auslegungskriterien entwickelt. Die vorliegende Untersuchung arbeitet diese Diskussion auf (III.) und bezieht zu ihr Stellung (IV.). Die Problematik der Rangfolgefrage erschließt sich allerdings erst, wenn sie vor dem Hintergrund derjenigen Situation betrachtet wird, in der sich ihre Lösung bewähren muss: im Kontext der richterlichen Entscheidung (II.). Methodische Überlegungen dienen keinem theoretischen Selbstzweck, sondern erlangen praktische Relevanz in der Rechtsanwendung durch die Gerichte.⁶ Die Untersuchung wird zeigen, dass die Rangfolgebildung nicht geeignet ist, der Herausforderung der richterlichen Entscheidung gerecht zu werden (V.).

II. Herausforderung: Die richterliche Entscheidung

Im Folgenden konzentriert sich die Betrachtung der richterlichen Entscheidung auf die Auslegungstätigkeit, also die Normsinnerschließung im Einzelfall, welche bei der Subsumtion von konkreten Lebenssachverhalten unter abstrakte Rechtsnormen regelmäßig notwendig sein wird.⁷ Richterliche Entscheidung meint hier somit zunächst die Rechtsfindung auf Grundlage von Gesetzesnormen, insbesondere die Anwendung oder Nichtanwendung einer Rechtsnorm. Die Auslegung von Willenserklärungen im Allgemeinen ist damit kein Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit; auch die Entscheidung innerhalb von kollegialbesetzten Gerichten wird in diesem Rahmen nicht diskutiert.

Worin genau die Herausforderung der richterlichen (Einzel-)Entscheidung liegt, wird deutlich, wenn man sie aus unterschiedlichen Perspektiven betrachtet (1.) und sich die aus dieser Betrachtung hervorgehenden Anforderungen an ihre Methodik vor Augen führt (2.).

1. Perspektiven auf die richterliche Entscheidung

Die richterliche Entscheidung als rechtserheblicher Individualakt präsentiert sich in Form eines Urteils, wobei man richterliches Entscheiden als Vorgang (Herstellung des Urteils) und als Ergebnis (Darstellung des Urteils) charakterisieren kann.⁸ Vorgang und Ergebnis sind jedoch unweigerlich

⁶ So auch *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 675.

⁷ Ausführlich *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, S. 104, 106 ff.; mit der herkömmlichen Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung wird sich in unten in Abschnitt **IV. 2.** auseinandergesetzt.

⁸ Vgl. *Bumke*, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1 (2, 15); *Schneider*, Theorie juristischen Entscheidens, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann,

miteinander verknüpft und unterscheiden sich vornehmlich in ihrer Fokussierung auf das Entscheidungssubjekt (Richter) einerseits und auf das Entscheidungsobjekt (Urteil) andererseits.

Der Richter sollte bei der Herstellung des Urteils bestrebt sein, die Unsicherheiten über die Richtigkeit der Normauslegung möglichst zu minimieren.⁹ Dabei ist er an das Gesetz gebunden (vgl. Art. 97 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG), jedoch zugleich dazu verpflichtet, eine Entscheidung zu treffen (sog. Rechtsverweigerungsverbot)¹⁰. Ausgehend von der Perspektive des Richters als Entscheidungssubjekt besteht die Herausforderung in der Suche nach (methodischen) Verhaltensregeln für den Vorgang der Entscheidungsfindung.

Die textliche Fassung des Urteils mit seinen Entscheidungsgründen dient dagegen der Kontrollierbarkeit der Entscheidung mittels ihrer Darstellung.¹¹ Die Notwendigkeit der Darstellung hält den Richter zur Selbstkontrolle an und fördert so Methodenehrlichkeit;¹² durch die rationale Überprüfbarkeit der Urteilsgründe wird zugleich eine Fremdkontrolle ermöglicht. Die methodische Herausforderung der Darstellung liegt darin, Regeln der juristischen Argumentation zu finden, die eine Strukturierungshilfe für die Selbstkontrolle bieten und zugleich die Begründung für andere nachvollziehbar machen.

2. Methodik der richterlichen Entscheidung

Die richterliche Entscheidung hat damit verlässlich sowie rational nachvollziehbar zu sein und sich innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen zu bewegen. Die Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung eröffnet zwei verschiedene, aber keineswegs alternative, Herangehensweisen bei der methodischen Bewältigung dieser Herausforderung: Einerseits sollen

Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004 S. 348 (349).

⁹ Vgl. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, 1996, S. 196.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 54, 277 (291); 88, 118 (123); *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Aufl. 1999, Rn. 180 ff.; *Vogelauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent I, 2001, S. 188 ff.; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung. Argumentation – Beweis – Wertung, 2006, S. 116 ff.

¹¹ Zu den folgenden Überlegungen *Hoffmann-Riem*, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (22).

¹² Vgl. *Rütbers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 653.

methodische Regeln dem Rechtsanwender im Entscheidungsprozess eine Handlungsanweisung bieten, die zu einem verlässlichen Ergebnis führt, andererseits sollen sie die Begründbarkeit der Entscheidung im Sinne ihrer rationalen Vertretbarkeit und damit ihre rechtsstaatliche Akzeptanz sichern.¹³

In beiden Fällen ist es Ziel der methodischen Bemühungen, Gesetzesbindung zu realisieren, denn wenn schon der Normtext notwendigerweise abstrakt und dadurch gewissermaßen unbestimmt ist, so muss jedenfalls seine Auslegung bei der Subsumtion von konkreten Lebenssachverhalten durch den Richter von Willkür und Beliebigkeit befreit sein. Gesetzesbindung ist dabei Ausdruck der zentralen Wertungen, auf denen demokratische Verfassungsstaatlichkeit beruht.¹⁴

a) *Auslegungskriterien*

Herkömmliches Hilfsmittel bei der Auslegungstätigkeit ist der klassische Methodenkanon, der die grammatische, systematische, entstehungsgeschichtliche und teleologische Auslegung umfasst. Ähnliche Kategorisierungen finden sich bereits im frühen 17. Jahrhundert bei *V.W. Forster*¹⁵ sowie später bei *Savigny*¹⁶. In ihrer heutigen Verwendungsform sind die Canones allerdings nach wie vor terminologisch wie inhaltlich umstritten.

¹³ *Hoffmann-Riem* (Fn. 11), 22.

¹⁴ *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates. Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur, 2015, S. 322 „Die zentrale Herausforderung der Methodenlehre im Verfassungsstaat ist [...] das Prinzip der Gesetzesbindung“; was Gesetzesbindung genau bedeutet und wie sie realisiert werden kann, wird sehr unterschiedlich von den verschiedenen methodischen Konzeptionen beantwortet, insofern sei auf spätere Ausführungen unten in Abschnitt **III**. verwiesen.

¹⁵ Vgl. *Schröder*, Juristische Hermeneutik im frühen 17. Jahrhundert: Valentin Wilhelm Forsters »Interpres«, in: FS Lange, 1992, S. 223, passim.

¹⁶ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I, 1840, S. 212 ff. benennt als Elemente der Auslegung das grammatische, das logische, das historische sowie das systematische Element. Zu beachten ist, dass *Savigny* diese Elemente nur für die Auslegung von Gesetzen im „gesunden Zustand“ als ausreichend erklärt hat, *ebd.*, S. 222 ff., für die Auslegung „mangelhafter“ Gesetze mit „unbestimmtem“ oder „unrichtigem Ausdruck“ seien weitere (z.T. teleologische) Aspekte heranzuziehen. Eine derart klare Unterscheidung steht heute nicht im Zentrum der Gesetzesauslegung. Eine Abhängigkeit zwischen trefflicher Gesetzgebung und trefflicher Auslegung kann hier im Rahmen der Auslegungstätigkeit der Gerichte nicht behandelt werden.

Bei der *grammatischen* Auslegung herrscht noch Einigkeit, dass damit die Auslegung nach der Semantik sowie der Syntax der Norm gemeint ist.¹⁷ Es hat sich der Terminus „Auslegung nach dem Wortlaut“ etabliert, wobei das Ergebnis als „Wortsinn“ der Norm bezeichnet wird.¹⁸ Erste Unsicherheiten entstehen angesichts der Variationsmöglichkeiten im Sprachgebrauch. Hat das BVerwG bspw. zu entscheiden, ob die Entnahme von Sand oder Kies unter den Gesetzesbegriff „Nutzung von Bodenschätzen“ subsumiert werden kann, wird zunächst der Sprachgebrauch des Alltags herangezogen.¹⁹ Dabei impliziert der Ausdruck „Bodenschätze“, dass der Gegenstand wertvoll und nicht allgemein zugänglich ist. Bodenschätze sind darum „Schätze“ des Bodens, nicht aber die Bestandteile des Bodens (in Form von Sand und Kies) selbst.²⁰ Der fachsprachliche oder gesetzgeberische Sprachgebrauch knüpft zumeist an diesen umgangssprachlichen Sprachgebrauch an, kann aber auch davon abweichen (eindrücklich z.B. die Unterscheidung zwischen „Besitz“ und „Eigentum“). Im Falle des „Bodenschatzes“ wurde keine feststehende Bedeutung in der (früheren) Gesetzgebung festgestellt, sodass es bei der umgangssprachlichen Deutung verblieb.²¹ Die Ermittlung des juristischen Sprachgebrauchs führt dazu, dass die grammatische Auslegung notwendigerweise im Vergleich zu anderen Rechtsnormen stattfindet und darum auch eine *historische* und insbesondere eine *systematische* Komponente umfasst.

Die *systematische* Auslegung betrachtet die Rechtsnorm im Bedeutungszusammenhang mit anderen Normen der Rechtsordnung, wobei Widerspruchsfreiheit Ausgangspunkt und Zielsetzung ist. Wie bereits gezeigt wurde, kann die Auslegung nach der Systematik sich auf den sprachlichen Kontext der Begriffsverwendung beziehen. Im Ursprung ist jedoch eine

¹⁷ Herkömmliche Darstellungen der Auslegungskriterien bei *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 436 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 320 ff. und *Engisch* (Fn. 7), S. 136 ff.

¹⁸ Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl. 2013, Rn. 351a; häufig auch synonym verwendet.

¹⁹ BVerwGE 85, 223 (227 f.).

²⁰ Diese Deutung ist nicht zwangsläufig, gerade bei zusammengesetzten Substantiven kann der erste Bestandteil unterschiedliche Funktion haben, wie das Beispiel vom Edelmesser (besteht aus Edelstahl, schneidet diesen aber nicht) und Kuchenmesser (besteht gerade nicht aus Kuchen, schneidet diesen aber) belegt. Sprache ist somit nichtnormativ und die Verständnismöglichkeiten sind nicht semantisch begrenzt, *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 391.

²¹ BVerwGE 85, 223 (228 f.).

systematisch-logische Auslegung gemeint,²² die logische Beziehungen zwischen den Gesetzesvorschriften ermittelt und dadurch Normwidersprüche zu vermeiden sucht. Hinweise darauf ergeben sich u.a. aus der Stellung der Norm in einem bestimmten Abschnitt oder auch ihrer Überschrift. Neben dem „äußeren System“ der Logik muss zudem auch das „innere System“ der Normzwecke und gesetzlichen Wertungen frei von Widersprüchen sein.²³ Die Auslegung nach der Systematik hat somit auch einen *teleologischen* Aspekt. Aus diesem Grund wird z.T. angenommen, dass die verfassungskonforme Auslegung Bestandteil der systematischen Auslegung sei.²⁴

Die *Entstehungsgeschichte* einer Norm gibt Aufschlüsse über die Regelungsabsichten und Normvorstellungen des Gesetzgebers sowie ihren Traditionszusammenhang. Deren Ermittlung mithilfe von Gesetzgebungsmaterialien wird (rechtsextern) als *genetische* Auslegung bezeichnet, während unter dem *dogmengeschichtlichen*²⁵ Aspekt (rechtsintern) die Norm aus der Geschichte ihrer juristischen Dogmatik untersucht wird.²⁶ Gerade bei der Auslegung nach der Entstehungsgeschichte ist die Terminologie uneinheitlich und es wird häufig von der *historischen* Auslegung gesprochen, ohne genauer zu differenzieren.²⁷ Die *historisch-teleologische* Auslegung nach dem gesetzgeberischen Normzweck (auch *subjektiv-teleologisch* genannt) wird zumeist als zentraler Ermittlungsaspekt der Entstehungsgeschichte verstanden.²⁸

²² Vgl. *Bydlinski* (Fn. 17), S. 442 ff. m.w.N.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1. Aufl. (Nachdruck) 2001, S. 295; a.A. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 1982, S. 167 sehen die systematische Auslegung nicht als eigenständiges Kriterium zur *Ermittlung* des Normsinns, sondern nur zur *Festsetzung* des semantischen Gehalts der Norm.

²³ *Hasold*, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: FS Larenz, 1983, S. 211 (225).

²⁴ *Vogener* (Fn. 10), S. 37 m.w.N.; a.A. als Unterfall der teleologischen Auslegung *Bydlinski* (Fn. 17), S. 455 ff.; *Looschelders/Roth* (Fn. 9), S. 177 ff.; als eigenständiges Kriterium *Larenz* (Fn. 17), S. 339 ff.

²⁵ Zum Begriff *Gröschner et al.*, Rechts und Staatsphilosophie. Ein dogmenphilosophischer Dialog, 2000, S. 3.

²⁶ *Brugger*, Konkretisierung des Rechts in und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), 1 (26 f.); *Kirste*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2010, S. 56.

²⁷ *Haverkate*, Normtext – Begriff – Telos. Zu den drei Grundtypen des juristischen Argumentierens, 1996, S. 47 f. spricht dagegen der Entstehungsgeschichte die Eigenständigkeit als Auslegungskriterium ab, denn nach ihm ist der entstehungsgeschichtliche Aspekt notwendiger Bestandteil der drei anderen Auslegungskriterien; ähnlich *Hasold* (Fn. 23), 227.

²⁸ Zum „Willen des Gesetzgebers“ und dazu, welche Materialien bei der Ermittlung relevant sind, sei auf die aktuelle Aufarbeitung bei *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 372 ff. verwiesen.

Konflikte sind mit der semantischen Auslegung denkbar: So verbietet etwa § 400 BGB ausnahmslos die Abtretung von unpfändbaren Forderungen wie z.B. Unterhaltsansprüchen. Der gesetzgeberische Schutzzweck zielt dabei auf die Existenzsicherung ab. Die Abtretung müsste daher entgegen dem Wortlaut dennoch wirksam sein, wenn gleichwertige Gegenleistungen empfangen wurden.²⁹

Die sog. *objektiv-teleologischen* Kriterien zur Ermittlung des „Sinn und Zwecks“³⁰ der Norm kommen u.a. in Betracht, wenn sich der historische Normzweck nicht ermitteln lässt oder wenn dieser angesichts von Entwicklungen in Gesellschaft und Wissenschaft veraltet erscheint. Schwierig wird es, wenn Zweckerwägungen mit dem Wortlaut und den gesetzgeberischen Vorstellungen kollidieren, was bspw. bei der Subsumtion eines Lastkraftwagens unter den strafrechtlichen Tatbestand eines „bespannten Fuhrwerks“ der Fall war.³¹ Die Flexibilität (gibt es „objektive Zwecke“?) der teleologischen Auslegung führt dazu, dass sie einerseits hochgelobt, andererseits heftig kritisiert wird.³²

Auch wenn die Auslegungskriterien in enger Beziehung stehen und dadurch die Meinungen über ihre Inhalte auseinandergehen,³³ sind die Kategorien Grammatik, Systematik, Entstehungsgeschichte und Teleologie weiterhin diejenigen Kriterien, die bei der Auslegungstätigkeit durch die Gerichte verwendet werden.³⁴

b) Problem der Methodenwahl

Aus der vorangegangenen Vorstellung der Auslegungskriterien tritt merklich das Konfliktpotenzial zwischen ihnen zum Vorschein. In vielen Fällen mögen sie zum selben Ergebnis führen und dieses durch ihren Gleichlauf bestärken, in anderen ist jedoch ein Widerspruch zwischen verschiedenen

²⁹ BGHZ 4, 153; 13, 360; 59, 115; vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 735.

³⁰ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 364 betrachten die teleologische Auslegung nur eingeschränkt als eigenständiges Kriterium, weil sie nur mithilfe der anderen Kriterien belegt werden könne – sie sei daher keine Methode, sondern bereits Ergebnis.

³¹ BGHSt 10, 375 – Forstdiebstahl.

³² Vgl. *Hassold* (Fn. 23), 231 ff.; krit. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 801 ff.; aufklärend *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 339 f., 346 ff.

³³ Auffällig ist, dass es abgesehen von der Grammatik zu jedem Auslegungskriterium Stimmen gibt, die diesem den Rang eines selbstständigen Kriteriums absprechen, vgl. Fn. 22, 27, 30.

³⁴ Statt vieler BVerfGE 11, 126 (130); die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die Debatten innerhalb der Methodik – eine eingehende Analyse des gerichtlichen Umgangs mit den Auslegungskriterien kann daher nicht erfolgen; dazu *Vogenaier* (Fn. 10), S. 28 ff., 50 ff.

Auslegungskriterien zu erwarten. Gerade für solche Grenzfälle muss die Methodik Regeln aufstellen, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden.³⁵

Savigny betrachtete die Auslegungskriterien als „Elemente“ der Auslegung, die jeweils Teilaspekte darstellen, welche im Gesamtbild zusammengefügt werden müssten. Diese Vorstellung, dass die Auslegungskriterien keine selbstständigen und daher alternativ anwendbaren „Methoden“ im engeren Sinne seien, hat sich trotz der häufig anzutreffenden Bezeichnung als „Auslegungsmethoden“ bis heute gehalten,³⁶ allerdings ist das Problembewusstsein für Konfliktfälle zwischen den Auslegungskriterien im Kontext der richterlichen Entscheidung gewachsen.³⁷

Sofern es keine „Meta-Regel“³⁸ für die Anwendung der Auslegungskriterien gibt, erhält der Richter im Grunde die Möglichkeit, die für ein bestimmtes Ergebnis sprechenden Kriterien zu selektieren und diese Auswahl dabei methodisch unbegründet und damit nicht mehr nachvollziehbar zu belassen.³⁹ Diese scheinbare Beliebigkeit der Methodenwahl führt zu der Frage nach dem Verhältnis der Auslegungskriterien zueinander,⁴⁰ wobei das Aufstellen einer Rangfolge naheliegt, um eine verlässliche Lösung von Kollisionsfällen zu gewährleisten.⁴¹

III. Reaktion: Diskussion der Rangfolgefrage

Als Reaktion auf die Herausforderung der richterlichen Entscheidung haben sich in der juristischen Literatur verschiedene Positionen zur Möglichkeit einer Rangfolge der Auslegungskriterien entwickelt, wobei Einigkeit weder im Ergebnis noch bei den Prämissen abzusehen ist. Dabei werden im Hinblick auf das Verhältnis der Auslegungskriterien nicht nur Rangfolgen im Sinne von

³⁵ *Zweigert*, Juristische Interpretation, Studium Generale 1954, S. 380 (383, 385).

³⁶ So *Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: Gabriel/Gröschner, Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, 2012, S. 179 (180).

³⁷ *Buchwald*, Die *canones* der Auslegung und rationale juristische Begründung, ARSP 1993, 16 (26) bezeichnet die Auslegungskriterien in diesem Sinne als „ineffektiv“.

³⁸ Sozusagen eine Regel für die Anwendung von Regeln; vgl. zum Begriff *Hassemer*, Juristische Hermeneutik, ARSP 1986, 195 (204).

³⁹ So etwa *Gern*, Rangfolge der Auslegungsmethoden, VerwArch 1989, 415 (421 f.); vgl. *Haverkate* (Fn. 27), S. 5.

⁴⁰ *Engisch* (Fn. 7), S. 153; skeptisch gegenüber einer Hierarchie der Auslegungskriterien *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien in der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, S. 124 ff.

⁴¹ Im Folgenden konzentriert sich die Arbeit auf die herkömmlichen Auslegungskriterien des klassischen Methodenkanons, zumal die Rangfolgefrage in der Methodik im Allgemeinen nur bezüglich dieser gestellt wird.

Hierarchisierungen, sondern auch Reihenfolgen bzw. relative Vorränge unter den Kriterien vorgeschlagen.

Im Grunde offenbart die Rangfolgediskussion unterschiedliche Vorstellungen davon, wie die Gesetzesbindung der richterlichen Entscheidung realisiert werden soll.⁴² In ihr spiegeln sich die oben dargestellten Perspektiven wider, von denen aus man die richterliche Entscheidungsfindung betrachten kann: Sieht man die Rangfolgefrage als Problemaspekt einer nachvollziehbaren Darstellung, so entstehen dabei Ansätze, die als *begründungstheoretisch* charakterisiert werden können und einer festen Rangfolge tendenziell zurückhaltend gegenüberstehen (1.). Demgegenüber steht die Kritik *staatstheoretischer* Ansätze,⁴³ dass dabei herstellungsrelevante Faktoren ausgeblendet und daraus rechtsstaatliche und demokratische Defizite folgen würden. Diese wollen die Verwirklichung von Gesetzesbindung somit nicht allein an methodischen Erwägungen festmachen, sondern verfassungsrechtliche Komponenten heranziehen, um damit dem Richter konkrete Handlungsanweisungen zur Entscheidungsfindung zu geben und ihm zugleich die Grenzen seiner Tätigkeit aufzuzeigen (2.).

1. Begründungstheoretischer Ansatz: Abwägungslösung

Der begründungstheoretische Ansatz lässt sich durch die These beschreiben, dass das Rangfolgeproblem durch die Bedingungen einer vernünftigen Entscheidungsbegründung gelöst werden kann.⁴⁴ In der klassischen semantischen Methodenlehre finden sich dabei Variationen einer Stufenfolge (a), während *Alexys* Diskurstheorie Vernunftabwägungen als Lösung der Rangfolgefrage ansieht (b).

⁴² Anschaulich *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 111 ff. der von einem staatstheoretischen Standpunkt aus die Rangfolgefrage im Kapitel „Die Bindung des Richters an das Gesetz“ behandelt.

⁴³ Diese Gegenüberstellung bedeutet allerdings nicht, dass die begründungstheoretischen Ansätze keinerlei staats- und verfassungstheoretischen Erwägungen miteinbeziehen, es ist jedoch ein deutlich verschobener Schwerpunkt zu bemerken. Dasselbe gilt auch für die Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung, welche hier zur Veranschaulichung der Problematik dient und nicht suggerieren möchte, dass die jeweiligen Positionen ebenfalls eine solche Unterscheidung und Einordnung vornehmen.

⁴⁴ *Buchwald* (Fn. 37), 26.

*a) Stufenfolge und Subsidiaritätsgedanke**aa) Konzeption von Larenz*

Hinsichtlich des Verhältnisses der Auslegungskriterien zueinander entwickelt *Larenz* eine Stufenfolge:⁴⁵ Der Wortsinn sei zugleich Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung, wobei *Larenz* zugesteht, dass in der Regel mehrere Bedeutungsvarianten möglich sind. Ausgehend vom Wortsinn sei der Bedeutungszusammenhang des Gesetzes zu untersuchen und daraufhin die Regelungsabsicht und Zwecke des Gesetzgebers, an die der Rechtsanwender grundsätzlich gebunden sei. Im Gegensatz zu diesen historisch-teleologischen Kriterien seien die konkreten Normvorstellungen der Gesetzesverfasser nicht verbindlich und nur ergänzend zu berücksichtigen. Bestehen weiterhin Zweifel, seien erst dann objektiv-teleologische Kriterien heranzuziehen. Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung müssten dabei vermieden werden, weshalb den rechtsethischen Prinzipien von Verfassungsrang eine besondere Leitrolle zukomme.⁴⁶

Larenz betont, dass das Gewicht der Auslegungskriterien erst im Einzelfall und nicht abstrakt bestimmt werden könne.⁴⁷ Eine methodengerechte Lösung, gerade in Grenzfällen mit verbleibendem Beurteilungsspielraum, gebiete daher die Berücksichtigung sämtlicher Auslegungskriterien und die Begründung, weshalb ein bestimmtes Kriterium ausschlaggebend gewesen sei.⁴⁸

bb) Konzeption von Bydlinski

Ähnlich wie *Larenz* kritisiert *Bydlinski* den Versuch, ein feststehendes Rangverhältnis der einzelnen Auslegungskriterien zu postulieren, da die Auslegungskriterien je für sich Argumente von sehr verschiedener Stärke ergeben könnten. Weiterhin sei die Begrenzung der Rangfolgefrage auf

⁴⁵ Zu den folgenden Ausführungen *Larenz* (Fn. 17), S. 343 ff.

⁴⁶ „Verfassungskonformität“ wird als ein, wenn auch nachstehendes, Auslegungskriterium, aufgefasst, *ebd.*, S. 339.

⁴⁷ *Ebd.*, S. 345 f.

⁴⁸ *Larenz* erwähnt zudem abschließend die Möglichkeit, dass kein methodisch gesichertes Ergebnis erreicht werden könne, *ebd.*, S. 346. Der Richter dürfe dann eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen, sofern die damit verbundene Wertung als solche deutlich gemacht wird. Dieser knappe Hinweis ist wohl aufgrund seiner Angreifbarkeit mit der Studienausgabe *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 167 entfernt worden.

Kollisionsfälle problematisch, zumal dies voraussetzt, dass alle Kriterien tatsächlich zu Rate gezogen wurden.⁴⁹

Ausgehend von dieser Kritik entwickelt *Bydlinski* seine Antwort auf die Rangfolgefrage mithilfe des Subsidiaritätsgedankens. Danach ist „die Heranziehung einer sehr arbeitsaufwendigen und (oder) unsicheren Methode [...] sinnlos, wenn das betreffende Problem bereits vor ihrer Heranziehung gelöst ist“.⁵⁰ Ausgehend von diesem ökonomischen Ansatz bestimmt das sog. Einfachheitskriterium eine Stufenfolge nach der Intensität der Bemühungen, die für das Zusammentragen des jeweils notwendigen Rechtsgewinnungsmaterials erforderlich seien.⁵¹ Diese Stufenfolge ist nach *Bydlinski* abzubrechen, wenn eine Lösung mit den (kombinierten)⁵² „einfachen“ Auslegungskriterien gefunden wurde.⁵³

Im Grunde deckt sich die Stufenfolge von *Larenz* mit den Bestimmungen des Einfachheitskriteriums von *Bydlinski*. Allein die objektiv-teleologischen Kriterien werden im Vergleich zur herkömmlichen Stufenfolge herausgenommen und dienen als nachträgliche und stets notwendige „Begleitkontrolle“ zur Überprüfung der Lösung auf ihre konkrete Vereinbarkeit mit der sog. Rechtsidee.⁵⁴ Die richterliche Entscheidung sei somit nicht nur an das positive Recht gebunden, sondern müsse der Rechtsidee samt ihren Konkretisierungen (Rechtssprinzipien) entsprechen. Über die Canones hinaus werden von *Bydlinski* die Methoden der Rechtsgewinnung insgesamt in dessen „Rangtheorie“ miteinbezogen.⁵⁵

⁴⁹ *Bydlinski* (Fn. 17), S. 555.

⁵⁰ *Ebd.*, S. 559.

⁵¹ Je einfacher dieser Vorgang sei, desto verlässlicher würde das relevante Material in den Einzelfällen gefunden werden, weshalb das Einfachheitskriterium nicht nur der Zweckmäßigkeit dienlich sei, sondern durch Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung auch der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit, *ebd.*, S. 557. Zurückführen lassen sich die Elemente Zweckmäßigkeit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit auf die von *Radbruch* als Gegenposition zum strikten Rechtspositivismus entwickelten „Rechtsidee“, welche von *Bydlinski* aufgegriffen und auch seiner Rangtheorie zugrunde gelegt wird, *ebd.*, S. 294 ff.

⁵² Auch *Bydlinski* sieht keine scharfe Abgrenzung zwischen den Auslegungskriterien und erkennt, dass diese häufig ineinander übergehen, *ebd.*, S. 565.

⁵³ *Ebd.*, S. 559 ff.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 561; zur Rechtsidee und ihrem abstrakten Bezug auf die juristischen Methoden siehe Fn. 51.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 558, 650, neben den Canones seien dies die Analogie, die Rechtsfortbildung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Heranziehung des „Richterrechts“ und auf dem letzten Rang die rational nicht mehr begründbare „richterliche Eigenwertung“, welche

cc) Konzeption von *Looschelders/Roth*

Auch *Looschelders/Roth* vertreten eine „subsidiäre Stufenfolge“, die im Wesentlichen ebenfalls der Abfolge bei *Larenz* entspricht, im Vergleich zu *Bydlinski* jedoch einen schwächeren Subsidiaritätsgedanken innehat.⁵⁶ Subsidiarität meine nicht, dass die Auslegung nach einer „eindeutigen“ Stufe abgebrochen werden solle, sondern dass die früheren Auslegungsstufen den Rahmen für weitere Erwägungen auf den folgenden Stufen setzen.

Looschelders/Roth räumen ebenso wie *Larenz* und *Bydlinski* ein, dass ihre Stufenfolge keine feste Rangfolge abbildet, führen allerdings eine Differenzierung zwischen „Auslegungsmethoden“⁵⁷ und „Auslegungskriterien“ an. Mit „Auslegungskriterien“ sind die inhaltlichen Aspekte der Norm gemeint, die durch Auslegung ermittelt werden können. Im Hinblick auf diese Erkenntnisziele bestehe durchaus eine feste Rangfolge: Der Wortsinn habe für die Auslegung Vorrang vor der tatsächlichen Regelungsentscheidung, diese Vorrang vor der tatsächlichen Wertentscheidung, die wiederum Vorrang vor der mutmaßlichen. Diese Stufenfolge der Auslegung ergebe sich aus einer Inversion des Gesetzgebungsprozesses.⁵⁸

Welche „Methode“ letztlich den ausschlaggebenden Aspekt ermitteln kann, lasse sich aufgrund der mit ihnen verbundenen Unsicherheiten nicht abstrakt angeben.⁵⁹ Dennoch gebe es eine grundsätzliche Präferenz der historischen und genetischen Auslegung gegenüber der (objektiv-)teleologischen, da erstere trotz ihrer Unsicherheitsfaktoren⁶⁰ den Vorzug hätten, einen Schluss auf die tatsächlichen Regelungs- und Wertentscheidungen des Gesetzesgebers zu ermöglichen. Anders als bei *Larenz* und *Bydlinski* rücken damit Gerechtigkeitsvorstellungen⁶¹ im Rahmen der Auslegung zugunsten einer stärker betonten Bindung an den Gesetzgeber in den Hintergrund.

nur durch ihre Unvermeidlichkeit, soweit sie vorliegt, als legitimierte Methode der Rechtsfindung eingeordnet werden könne.

⁵⁶ *Looschelders/Roth* (Fn. 9), S. 193 ff.

⁵⁷ Hier als Auslegungskriterien bekannt. Es zeichnet sich ab, dass eine fehlende einheitliche Begriffsverwendung zu unglücklichen Missverständnissen führen kann, selbst *Looschelders/Roth* verwenden den Begriff der Auslegungskriterien wenig später wieder synonym mit dem der Auslegungsmethoden, *ebd.*, S. 195.

⁵⁸ *Ebd.*, S. 120 ff.

⁵⁹ *Ebd.*, S. 194.

⁶⁰ Fehlende Eindeutigkeit, Unvollständigkeit, verzerrte Darstellung der Beschlusserwägungen, *ebd.*, S. 194.

⁶¹ Bei *Larenz* (Fn. 17), S. 344 „das Postulat der Gerechtigkeit“, bei *Bydlinski* (Fn. 17), S. 559 die „Rechtsidee“.

dd) Kritische Betrachtung

Die Stufenfolge von *Larenz* enthält keine substantielle Aussage zu einer Rangfolge der Auslegungskriterien. Sie bietet lediglich eine Empfehlung für die Reihenfolge ihrer Prüfung ausgehend von der Grenzziehung durch Wortsinn und Systematik. Obgleich *Larenz* eine recht konkrete Verhältnisbestimmung unternimmt, lehnt er die Möglichkeit und auch die Notwendigkeit einer festen Rangfolge ab. Die Berechtigung im Rahmen der Rangfolgediskussion erhält die Stufenfolge von *Larenz* dadurch, dass „seine“ Prüfungsreihenfolge allgemein gebräuchlich ist⁶² und im Grunde den Ausgangspunkt weiterer Ansätze zur Rangfolgebildung, sei es in Ergänzung oder aus der Kritik heraus, bildet.

Im Sinne einer Erweiterung möchte *Bydlinski* explizit eine „Rangtheorie“ hinzufügen.⁶³ Seine sich aus dem Einfachheitskriterium ergebende Rangfolge verhält sich allerdings nur in dem besonderen Fall als tatsächliche Hierarchisierung, in dem verschiedene Kriterien etwa gleich starke gegensätzliche Argumente liefern.⁶⁴ Wann genau dieser Fall eintritt bzw. wie die Stärke der Argumente operationalisiert werden kann, erläutert *Bydlinski* nicht. Die begrenzte Leistungsfähigkeit seiner Theorie lässt sich ferner an drei Punkten festmachen: Erstens gibt es keinen Maßstab, wann ein problematischer Fall als eindeutig und „vollständig gelöst“⁶⁵ angesehen werden darf.⁶⁶ Zudem ist die oft maßgebliche „Vereinbarkeit mit der Rechtsidee“ höchst interpretationsbedürftig. Zweitens fehlt eine hinreichende Präzision und Trennschärfe der Auslegungskriterien, die für den Subsidiaritätsgedanken im Sinne *Bydlinskis* vorausgesetzt wird. Drittens sind die relevanten Gesetzesmaterialien heutzutage einfach abrufbar, weshalb das sog. Einfachheitskriterium an Überzeugungskraft verliert und bereits an der theoretischen Grundlage der Stufenfolge von *Bydlinski* zweifeln lässt.⁶⁷

Der „Rangtheorie“ von *Bydlinski* fehlt es somit gerade in schwierigen Fällen an Klärungspotenzial und ihr Mehrwert zur Stufenfolge von *Larenz* ist praktisch gering.⁶⁸ Vielmehr besteht ihre Leistung in der theoretischen Aufklärung

⁶² Vgl. *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl. 2012, S. 103.

⁶³ *Bydlinski* (Fn. 17), S. 554.

⁶⁴ Deutlich *Bydlinski* (Fn. 62), S. 106.

⁶⁵ *Bydlinski* (Fn. 17), S. 562.

⁶⁶ So bereits *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl. 1976, S. 95.

⁶⁷ *Ebd.*, S. 94 f. bezweifelt, dass ein verlässliches Kriterium zur Aufstellung einer Stufenfolge gefunden werden kann. Hierfür könnten nur unstrittige Entscheidungen als Anhaltspunkt genommen werden, die jedoch nichtssagend seien.

⁶⁸ Vgl. auch *Bydlinski* (Fn. 62), S. 106 selbst.

dahingehend, dass weniger komplexe Auslegungsprobleme bereits mit Hilfe von ein oder zwei Kriterien gelöst werden können und dieses Vorgehen auch methodengerecht ist.⁶⁹ Insofern ist der ökonomische Ansatz von *Bydlinski* für die Auslegungsarbeit nicht völlig untauglich, allerdings ungeeignet, die Rangfolgefrage zu beantworten.

Bei *Looschelders/Roth* rücken die Unsicherheitsfaktoren der Auslegungskriterien in den Vordergrund. Die Stufenfolge von *Looschelders/Roth* stützt sich dabei nicht auf ein Einfachheitskriterium, sondern ergibt sich aus der Inversion des Gesetzgebungsprozesses, wodurch sich die Gesetzesbindung des Richters realisieren soll.⁷⁰ Es lassen sich somit erste (allerdings rein formale) staatstheoretische Erwägungen erkennen. Sie werden jedoch nicht als solche expliziert und auch nicht als Begründung einer Rangfolge der Auslegungskriterien eingesetzt. Eine Rangfolge besteht bei *Looschelders/Roth* allein innerhalb der Erkenntnisziele. Dennoch gehen *Looschelders/Roth* davon aus, dass die Entstehungsgeschichte wie auch die anderen Kriterien nicht in allen Fällen klare Aussagen erzeugen, weshalb sie sich der klassischen Vorstellung anschließen, dass es auf eine Gewichtung, Kombination und Abwägung der Auslegungsgesichtspunkte im Einzelfall ankomme.

ee) Zwischenbilanz zur (subsidiären) Stufenfolge

Die in diesem Abschnitt vorgestellten Konzeptionen sind zweifelsohne als Leitfäden zur Entscheidungsfindung entwickelt worden.⁷¹ Ihre Einordnung als begründungstheoretische und damit im Schwerpunkt darstellungsorientierte Ansätze ist dennoch geboten, weil sie nicht zwischen Herstellung und Darstellung unterscheiden. Vielmehr gehen sie von der Annahme aus, dass Herstellung und Darstellung der richterlichen Entscheidung in einer Handlung aufgehen. Wie die Entscheidung über das Gewicht bzw. die Eindeutigkeit der Auslegungskriterien letztlich getroffen werden soll, kann eine Stufenfolge der Auslegungskriterien allerdings nicht beantworten und lässt damit maßgebliche Schritte im Vorgang der Entscheidungsfindung offen. Die Vertreter einer (subsidiären) Stufenfolge betonen damit den schöpferischen Aspekt der

⁶⁹ Ähnlich pragmatisch *Zeller*, *Auslegung von Gesetz und Vertrag. Methodenlehre für die juristische Praxis*, 1989, S. 51 ff., 374 ff.; Übersicht weiterer schweizerischer Literatur und gesetzlicher Auslegungsregeln *Schluep*, *Einladung zur Rechtstheorie*, 2006, Rn. 2338 ff.

⁷⁰ *Looschelders/Roth* (Fn. 9), S. 120 ff., 193.

⁷¹ Krit. *Haverkate*, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, 1977, S. 165 ff.

Auslegung, der methodisch nur durch die Darstellung der Entscheidung kontrollierbar gemacht werden kann.

b) Vernunftabwägungen im Rahmen der Diskurstheorie

aa) Konzeption von *Alexy*

Hinsichtlich der Rangfolgefrage kommt *Alexy* zu dem Befund, dass keine der bislang vorgeschlagenen Stufenfolgen der Canones allgemeine Anerkennung gefunden habe.⁷² Die von ihm vertretene Diskurstheorie vermöge zwar ebenfalls keine verbindliche Stufenfolge aufstellen, allerdings könne sie zur Entschärfung des Problems beitragen, indem sie die Verwendung der Auslegungskriterien als verschiedene, stets allesamt zu berücksichtigende⁷³ Argumentformen regele.⁷⁴

Ausgangspunkt seiner Theorie der juristischen Argumentation ist, dass es beim juristischen Begründen letztlich um praktische Fragen gehe, also darum, was geboten, verboten und erlaubt sei.⁷⁵ Es komme daher eine pragmatische Dimension des Begründens hinzu.⁷⁶ Nach *Alexys* Konzeption ist eine Vorhersehbarkeit des Entscheidungsergebnisses bei Kenntnis der Regeln der Diskurstheorie nicht möglich oder erforderlich; allein die tatsächlich stattfindende oder vorgestellte Diskussion nach vernünftigen Regeln sei maßgeblich und auch hinreichend.⁷⁷ Um die Bindung an das geltende Recht sicherzustellen, wird eine Argumentationslastregel aufgestellt, die besagt, dass „Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen“, vorgehen, „es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen“.⁷⁸ Wann solche vernünftigen Gründe vorlägen, sei erst im Diskurs festzustellen und demnach der Vernunft der Rechtsanwender als Diskursteilnehmer überlassen. Das Problem der Rangfolge sei somit mit Mitteln der praktischen Argumentation zu lösen.⁷⁹

⁷² *Alexy* (Fn. 22), S. 303.

⁷³ Sog. Vollständigkeitsregel im Gegensatz zum Subsidiaritätsgedanken, *ebd.*, S. 306.

⁷⁴ Die Auslegungskriterien werden somit nicht als (methodische) Regeln verstanden; vgl. zur normtheoretischen Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. (Nachdruck) 2006, S. 71 ff. m.w.N.

⁷⁵ Vgl. *ebd.*, S. 498.

⁷⁶ *Alexy* (Fn. 22), S. 304.

⁷⁷ *Ebd.*, S. 304.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 305.

⁷⁹ *Ebd.*

bb) Kritische Betrachtung

Ähnlich wie bei einer Stufenfolge der Auslegungskriterien hängt bei *Alexy* das Ergebnis der Auslegung von einer Gewichtung der Argumente im Einzelfall ab. Gesetzesbindung sei durch die Argumentationslastregel zu realisieren, jedoch wird anders als bei *Loosbelders/Roth* keine absolute Verbindlichkeit der gesetzgeberischen Entscheidungen statuiert. Die „Meta-Regel“ für die Anwendung der Auslegungskriterien bzw. Argumentformen ist somit keine feste Rangfolge, sondern die Vernünftigkeit und Konsensfähigkeit der Argumentation.

Mit der Beschreibung der Auslegungskriterien als Argumentformen unterstützt und betont *Alexy*, dass die Kriterien im Einzelfall zu Argumenten mit unterschiedlich starkem Gewicht führen können. Im Grunde bestätigt *Alexys* Theorie das Dilemma eines begründungstheoretischen Ansatzes zur Beantwortung der Rangfolgefrage: Sie erkennt, dass die Auslegungskriterien zu einer Problemstellung auf unterschiedliche Lösungen verweisen können und der Rechtsanwender sich entscheiden muss. Diese Entscheidung ist hinreichend zu begründen. Eine Rangfolge der Auslegungskriterien im Sinne einer Hierarchisierung kann jedoch durch die Bedingungen einer vernünftigen Begründung nicht hergeleitet werden, da man nicht im Allgemeinen voraussagen kann, welche Begründungsmöglichkeit im Einzelfall am überzeugendsten, also am vernünftigsten, sein wird.

c) Bilanz

Der begründungstheoretische Ansatz stellt keine feste Rangfolge auf, sondern ermittelt gewisse Beziehungen und Funktionen der Auslegungskriterien, die in eine Gesamtabwägung der Argumente miteinzubeziehen sind. Insgesamt führt dieser Ansatz damit zu einer Abwägungslösung.⁸⁰ Der Versuch einer abstrakten Verhältnisbestimmung vor der Abwägung im Einzelfall verschleiert, dass der begründungstheoretische Ansatz im Grunde keine Rangfolge der Auslegungskriterien anerkennt bzw. anerkennen kann.

Die Auslegungskriterien wurden von den bisher vorgestellten Positionen (z.T. unbewusst) im Rahmen der Darstellung, d.h. der Argumentation und Begründung, betrachtet,⁸¹ weshalb die staatstheoretische Kritik, es sei keine methodische Disziplinierung des Herstellungsprozesses ersichtlich, geradezu

⁸⁰ *Larenz* (Fn. 17), S. 346.; *Bydlinski* (Fn. 17), S. 565; *Loosbelders/Roth* (Fn. 9), S. 196; *Alexy* (Fn. 22), S. 306.

⁸¹ Vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 11), 24.

folgerichtig scheint. Es stellt sich somit die Frage, ob die Auslegungskriterien auch im Rahmen des Herstellungsprozesses eine hinreichende Bedeutung erlangen können.⁸²

2. Staatstheoretischer Ansatz: Vorrangregeln

Der staatstheoretische Ansatz sieht die Lösung der Rangfolgefrage nicht in einer vernünftigen Begründung bzw. Darstellung der Entscheidung, sondern versucht, eine feste Rangfolge entsprechend dem Rang der normsetzenden Autorität aufzustellen und damit den Herstellungsprozess zu disziplinieren.⁸³ Hierbei spielen neben der Gesetzesbindung des Richters auch die Gewaltentrennung (konkret: die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung) sowie das Demokratieprinzip eine verstärkte Rolle. Dabei wird mitunter der Versuch unternommen, Vorrangregeln aus dem Verfassungsrecht, also dem Grundgesetz, abzuleiten (*a*), wohingegen die analytische Methodenlehre von *Koch/Rüßmann* ein rein staatstheoretisches Vorgehen für notwendig erachtet (*b*).

a) Bestimmung einer Rangfolge nach Verfassungsrecht

aa) Konzeption von *Rüthers*

Laut *Rüthers* sind Methodenfragen stets Verfassungsfragen.⁸⁴ Oberstes Gebot für den Rechtsanwender sei dabei die Bindung an das Gesetz (vgl. Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG). Methodenfragen betreffen im Kern die Gewaltentrennung zwischen Legislative und Judikative, weshalb der Richter bei der Auslegung keine eigenen Regelungsvorstellungen durchsetzen dürfe. Zudem liege die Zuständigkeit für die Setzung von Rechtsnormen allein bei demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorganen, und jede Lockerung der Gesetzesbindung führe demnach zu einem Abbau des Demokratieprinzips.⁸⁵

Bezüglich einer Rangfolge der Auslegungskriterien findet sich bei *Rüthers* die Unterscheidung zwischen Auslegungsziel und Auslegungsmitteln. Die Frage nach dem Auslegungsziel ist für ihn entscheidend. Dahinter verbirgt sich der Streit zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie, in dem es kurz gefasst darum geht, ob das Ziel der Auslegung die Ermittlung des „Willens des Gesetzgebers“ (subjektive Theorie) oder des „Willens des Gesetzes bzw. des

⁸² Skeptisch *Hassmer* (Fn. 38), 204.

⁸³ *Buchwald* (Fn. 37), 26.

⁸⁴ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 705 ff.; so zu Methodenfragen des Zivilrechts BVerfGE 34, 269 (286 ff.); vgl. auch *Kirste* (Fn. 26), S. 49.

⁸⁵ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 708 f.

Rechtsanwenders“ (objektive Theorie) ist.⁸⁶ Auch wenn die Kontroverse durch die Aussage relativiert wird, dass beide Theorien zutreffende Teilaspekte erfassen,⁸⁷ zeigt *Rüthers'* vehemente Kritik an der objektiven Theorie, dass für ihn die Entscheidung des Gesetzgebers von ausschlaggebender Bedeutung für die Methodenwahl ist, er somit von einer „subjektiven“ Auslegungstheorie vorgeprägt ist.⁸⁸

Damit sei das Ziel der Auslegung die Ermittlung und Verwirklichung des ursprünglichen, historischen Normzwecks.⁸⁹ Grammatik, Systematik und Entstehungsgeschichte seien dagegen lediglich untergeordnete Hilfsmittel zur Ermittlung der gesetzgeberischen Interessenbewertung. Die Auslegung nach der Teleologie wird damit nicht als Auslegungskriterium, sondern als Zielsetzung für den Rechtsanwender gesehen. Weitere über den historischen Normzweck hinausgehende teleologische Erwägungen (vermeintlich „objektiv-teleologische“ Kriterien) dürften zudem kein Bestandteil der Auslegung sein, sondern müssten im Rahmen der Rechtsfortbildung als richterliche Rechtssetzung *praeter* oder *contra legem* bezeichnet werden.⁹⁰

bb) Konzeption der Strukturierenden Rechtslehre

Die von *F. Müller* am Verfassungsrecht entwickelte Strukturierende Rechtslehre distanziert sich von der semantischen Vorstellung, dass die Auslegung dem Verstehen der Rechtsnorm bzw. dem Finden des Normsinns diene.⁹¹ Vielmehr gilt es nach der von diesem Ausgangspunkt her formulierten Rechtsnormtheorie, die entscheidungserhebliche Rechtsnorm mit Informationen aus Normtext, Normprogramm und Normbereich erst herzustellen. Daher spricht die Strukturierende Rechtslehre auch nicht von Auslegung, sondern von Konkretisierung bzw. Normkonstruktion.⁹² Die Auslegungskriterien werden entsprechend als Konkretisierungselemente bezeichnet, wobei die *Canones* aufgrund ihres direkten Normtextbezugs

⁸⁶ Vgl. *ebd.*, Rn. 784, 796 ff.; zum Streit über die Auslegungstheorien siehe unten Abschnitt IV. 1.; *Larenz* (Fn. 17), S. 316 ff.; *Engisch* (Fn. 7), S. 159 ff.; krit. *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 442 ff., 493; Überblick über die historische Entwicklung bei *Mennicken*, Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie, 1970, passim.

⁸⁷ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 820.

⁸⁸ *Ebd.*, Rn. 806 ff.

⁸⁹ *Ebd.*, Rn. 726 ff., 730.

⁹⁰ *Ebd.*, Rn. 730d.

⁹¹ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 248 ff. kritisieren damit die positivistische Gleichsetzung von Rechtsnorm und Normtext.

⁹² *Ebd.*, Rn. 274 ff.

methodologische Elemente im engeren Sinn seien.⁹³ Dabei sollen die Standards der sog. Argumentationskultur die richterliche Entscheidung bis zu einem Willkür ausschließenden Maß voraussehbar machen können.⁹⁴ Die Konkretisierungselemente haben demzufolge die Aufgabe von Argumenten, wobei die Strukturierende Rechtslehre sich explizit von den Ansichten der (sprachpositivistischen) Argumentations- bzw. Diskurstheorie abgrenzt.⁹⁵

Die Gesetzesbindung nimmt innerhalb des Herstellungsvorgangs der Rechtsnorm eine zentrale methodische Disziplinierungsrolle ein. Konfliktsituationen, also frontale Gegensätze zwischen den einzelnen Konkretisierungselementen, müssten daher anhand von rechtsstaatlichen Maßstäben gelöst werden. Rangfolgeregeln orientieren sich mithin an der Nähe zum Normtext, der aufgrund seiner demokratischen Erzeugung sowie der rechtsstaatlichen Klarheits- und Bestimmtheitsgebote vorrangiger Bezugspunkt sei.⁹⁶ Dementsprechend haben in der Strukturierenden Rechtslehre die grammatische und die systematische Auslegung Vorrang; sie knüpfen direkt an den Normtext an und sind somit die am „unmittelbarsten und ausschließlichen auf Normtexte bezogenen Interpretationselemente“.⁹⁷

cc) Konzeption von *Gern*

Einen „abgeschlossenen“ Katalog stellt dagegen *Gern* auf. Die Rangfestlegung sei verfassungsrechtlich geboten und innerhalb eines verbindlichen Rechts der Methode zu finden.⁹⁸ Dieses sei Bestandteil der Gesamtrechtsordnung und daher dem Recht des Rechtsinhalts, also den Gesetzesnormen, gleichartig. Die herkömmlichen Auslegungskriterien seien durch Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip legitimiert, wobei gerade das Rechtsstaatsprinzip dazu geeignet sei, Rangaussagen zu treffen.⁹⁹ Der rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit sei nur verwirklicht, wenn der Bürger auf das im Normtext verfestigte Wort vertrauen könne. Die anderen Kriterien seien für den Bürger

⁹³ Darüber hinaus gebe es lösungstechnische, rechtspolitische, rechtsvergleichende und die Theorie-Elemente der Konkretisierung, *ebd.*, Rn. 350, 431 f.

⁹⁴ *Ebd.*, Rn. 179 ff.

⁹⁵ *Ebd.*, Rn. 256; die Argumentationstheorie sieht das Recht als Erkenntnisgegenstand und entwickelt ihre (Methoden)lehre auf Grundlage einer externen Rationalität der Philosophie bzw. Vernunft – die Strukturierende Rechtslehre möchte hingegen Recht als Ergebnis der Arbeit im Entscheidungsvorgang betrachten und knüpft ihre Argumentationskultur an die juristisch konkrete Rationalität des Verfassungsstaats.

⁹⁶ *Ebd.*, Rn. 439.

⁹⁷ *Ebd.*, Rn. 438, 445.

⁹⁸ *Gern* (Fn. 39), 431.

⁹⁹ *Ebd.*, 432 ff.

weit weniger erkennbar und verständlich und seien demnach einem eindeutigen Wortlaut unterzuordnen.¹⁰⁰

Ist der Wortlaut mehrdeutig, aber ein anderes Kriterium eindeutig, so sei das eindeutige Auslegungskriterium allein entscheidend. Für den Kollisionsfall bei nicht eindeutigem Wortlaut und gegenläufigen Ergebnissen der anderen Kriterien sei das „Recht der Rangfestlegung“ heranzuziehen. Dieses ergebe sich aus der Gesamtrechtsordnung, insbesondere der Verfassung. Ist keine passende Prioritätenregel aufzufinden, so sei die auszulegende Norm wegen Verstoßes gegen den rechtsstaatlichen Bestimmungsgrundsatz unwirksam.¹⁰¹

dd) Kritische Betrachtung

Die Bestimmung einer Rangfolge aus dem Verfassungsrecht hat das Problem, dass für die Entnahme methodischer Aussagen aus dem Grundgesetz dieses zunächst selbst ausgelegt werden muss, wofür bereits die methodischen Regeln vorliegen müssten, die es gerade zu ermitteln gilt.¹⁰²

Während *Rütbers* und *Müller/Christensen* dieses Problem durchaus erkennen,¹⁰³ übersieht *Gern* es bei seinem Rangfolgesystem völlig. Es liege ein Verfassungsverstoß vor, wenn die verfassungsrechtlich gebotene Methodenwahl missachtet werde – das ist zirkulär.¹⁰⁴ Ferner hinkt das vom ihm aufgestellte Rangfolgesystem an dem Kriterium der Eindeutigkeit.¹⁰⁵

Die Feststellung, der Wortlaut sei „eindeutig“, ist oftmals erst das Ergebnis einer Interpretation mithilfe von Aspekten aller Auslegungskriterien. Häufig ist der Befund jedoch, dass ein vermeintlich eindeutiger Wortlaut nach Heranziehung anderer Auslegungskriterien doch mehrdeutig ist. Auch die

¹⁰⁰ *Ebd.*, 434.

¹⁰¹ *Ebd.*, 436.

¹⁰² *Pawlowski* (Fn. 10), Rn. 7 vergleicht dieses Problem mit dem *Albertschen* Münchhausen-Trilemma aus der Philosophie: „Man kann nicht erkennen, wie man erkennt, solange man keine Erkenntnis hat“.

¹⁰³ *Rütbers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 710 bezeichnen es als methodische Aporie (Ausweglosigkeit); *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 456 sprechen von möglichst rationalen arbeitsfähigen Regelvorschlägen aus den methodenbezogenen Rechtsstaatsnormen, die keine absolut sicheren Methoden sind; *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, 1989, S. 221 f. begegnet diesem Einwand mit einem Vorverständnis der Verfassung, siehe dazu unten Abschnitt IV. 1. c).

¹⁰⁴ Vgl. *Gern* (Fn. 39), 435.

¹⁰⁵ Vgl. Kritik zur überkommenen sog. Eindeutigkeitsregel im Sinne der „Sens-Clair-Doktrin“ *Rütbers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 732 ff.

Vorstellung, dass die anderen Auslegungskriterien für sich genommen eindeutig seien und getrennt voneinander funktionieren können, ist illusionär. Zudem müsste *Gern* davon ausgehen, dass sich im Kollisionsfall stets „gleich eindeutige“ Auslegungsergebnisse gegenüberstehen. Der nicht allzu seltene Fall, dass sämtliche Auslegungskriterien mehr oder weniger unsicher sind, wird ignoriert. Neben diesen Eindeutigkeitsvorstellungen verwundert zudem die Aussage, dass bei einem offenen Rangproblem die Auslegung misslungen und die auszulegende Norm unwirksam sei.¹⁰⁶ Dies zeugt von einem zu engem Verständnis des Bestimmtheitsgebots und ist schwerlich mit dem Rechtsverweigerungsverbot vereinbar. Auch gesetzlich unklar geregelte Fälle müssen entschieden werden, denn die Grenzen der Gesetzesbindung können nicht Grenzen der Entscheidungsfähigkeit sein.¹⁰⁷ In vielerlei Hinsicht ist das Vorgehen *Gerns* zu rigoros, um ein praktikables Rangfolgesystem aufstellen zu können.¹⁰⁸

Die Unterschiede zwischen *Rüthers* und der Strukturierenden Rechtslehre sind wiederum auf ihre Hintergründe und methodischen Anliegen zurückzuführen. *Rüthers* warnt vor einer Erweiterung der Richtermacht durch die objektiv-teleologische Auslegung, die sich an Gerechtigkeitsmaßstäben wie der Rechtsidee orientieren soll.¹⁰⁹ Dieser u.a. bei *Larenz* und *Bydlinski* vorzufindende Bestandteil der Auslegung werde benutzt, um eigene Wertentscheidungen in der richterlichen Entscheidung zu verdecken.¹¹⁰ Gesetzesbindung bei der Auslegung bedeutet für *Rüthers* daher die Erforschung und Offenlegung der Regelungsabsichten des historischen Gesetzgebers.

Die Sinnhaftigkeit der *Rüthers'schen* Unterscheidung von Auslegungsziel und Auslegungsmittel kann in Frage gestellt werden,¹¹¹ denn ein Unterschied zwischen der Ermittlung des Regelungswillens des Gesetzgebers als Kernbestandteil der historischen Auslegung und dem historischen Normzweck als „Auslegungsziel“ ist bei ihm nicht zu erkennen.¹¹² Es wird allerdings hier im Besonderen ersichtlich, dass die teleologische Auslegung im Grunde

¹⁰⁶ *Gern* (Fn. 39), 436.

¹⁰⁷ Vgl. *Koch/Rießmann* (Fn. 22), S. 181.

¹⁰⁸ Krit. zum Ansatz von *Gern* auch *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 985 und *Arnim/Brink*, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz. Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik, 2001, S. 214.

¹⁰⁹ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 806 ff.

¹¹⁰ *Ebd.*, Rn. 801 f.

¹¹¹ So *Wismeyer* (Fn. 14), S. 338 f.

¹¹² *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 783.

nur begrenzt ein selbstständiges Auslegungskriterium ist.¹¹³ Diese Unselbstständigkeit oder auch Totalität erklärt, weshalb die Teleologie regelmäßig als das „Primat“ der Auslegung bezeichnet wird.¹¹⁴

Die Strukturierende Rechtslehre hat dagegen einen anderen Ausgangs- und Schwerpunkt und erklärt sich die praktisch hohe Bedeutung der teleologischen Auslegung anders. Auslegung ist für sie nicht bloße Rechtserkenntnis, sondern konstruktivistische Rechtserzeugung ausgehend vom Normtext. Gesetzesbindung bedeutet demnach, dass sich die richterliche Entscheidung auf den Normtext zurückführen lassen muss, weshalb die normtextnahen Kriterien der Grammatik und Systematik im Konfliktfall einen grundsätzlichen Vorrang haben. Das impliziert nicht, dass sie dem Wortlaut eine besonders hohe Leistungsfähigkeit zuschreiben würde. Im Gegenteil – die Strukturierende Rechtslehre steht der sprachlichen Präzisierung durch den Autor skeptisch gegenüber.¹¹⁵ Mit Gesetzesbindung ist daher nicht die strenge Bindung an den Normtext gemeint, sondern sie bezieht sich auf die Struktur eines Herstellungsprozesses.¹¹⁶ *Christensen/Kudlich* ergänzen das Kriterium der Normtextnähe später um das Kriterium der konkreten Intensität.¹¹⁷ Dies bestätigt, dass die Strukturierende Rechtslehre ebenfalls keine abstrakte Rangfolge aufzustellen sucht, denn die Konkretisierungselemente seien nur im Einzelfall als Argumente für die Arbeit mit dem Normtext erheblich.¹¹⁸ Abstrakt normstrukturell sei das Gewicht eines Arguments umso größer, je näher es am Normtext steht. Es müsse allerdings eine konkrete Bewertung im Einzelfall hinzukommen, wobei eine Abstufung in den Kategorien Möglichkeit, Plausibilität und Evidenz denkbar sei.¹¹⁹ Möglich sei ein Argument, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Plausibel bedeute, dass das Argument überzeugend ist, aber Alternativen denkbar sind. Evident sei ein Argument, wenn im Moment keine Alternativen denkbar sind. Mithilfe dieser doppelten Unterscheidung erklärt sich die Vereinbarkeit eines Vorrangs normtextnaher Argumente mit der praktisch vorgefundenen hohen Bedeutung der

¹¹³ Vgl. *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 364.

¹¹⁴ Vgl. *Hassold* (Fn. 23), 231 m.w.N.; Zusammenstellung hauptsächlich strafrechtlicher Literatur zur Rangfolgefrage bei *Rahlf*, Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre, in: Neumann/Rahlf/von Savigny, 1976, S. 17 (26) mit dem Ergebnis, dass es eine gewisse Einigkeit über die Vorrangstellung der teleologischen Methode gebe.

¹¹⁵ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 178, 351c ff.

¹¹⁶ *Christensen* (Fn. 103), S. 303.

¹¹⁷ *Christensen/Kudlich* (Fn. 20), S. 377 f.

¹¹⁸ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 433.

¹¹⁹ Zu den folgenden Ausführungen *Christensen/Kudlich* (Fn. 20), S. 378.

teleologischen Argumente: Die grammatische Auslegung sei zwar abstrakt normstrukturell vorrangig, ihrer Intensität nach jedoch häufig lediglich als „möglich“ zu klassifizieren. Dagegen seien teleologische Argumente abstrakt normstrukturell nachrangig, ließen aber die Entscheidung über die Anwendbarkeit einer Norm am ehesten „evident“ erscheinen (gerade die historisch-teleologischen Argumente).

Im Ergebnis kommt die Strukturierende Rechtslehre mit dieser Ergänzung einer konkreten Gewichtung der Argumente zu einer ähnlichen Konzeption wie *Loosbelders/Roth*, die eine abstrakte Rangfolge verneinen, aber eine Rangordnung von Erkenntniszielen aufstellen.¹²⁰ Diese Übereinstimmung sehen auch *Christensen/Kudlich* und bemerken dazu, dass diese Ähnlichkeit zu einem eher tradiert-positivistischen Verständnis nicht verwundern müsse.¹²¹ Die konstruktivistische Methodenlehre arbeitet nicht mit wesentlich anderen Methoden als die semantische Lehre, möchte jedoch durch eine andere Perspektive auf den Herstellungsprozess bei der Entscheidungsfindung aufmerksam machen. Zugleich zeigt diese Übereinstimmung, dass der staatsrechtliche Ansatz nicht im krassen Widerspruch zum begründungstheoretischen Ansatz steht, sondern vielmehr durch zusätzliche Vorrangregeln die Entscheidungsfindung anleiten möchte. Diese Vorrangregeln beziehen sich im Endeffekt allerdings auf vorliegende Argumente aus den Auslegungskriterien und nicht auf ihre abstrakte Anwendung, was dadurch deutlich wird, dass die Strukturierende Rechtslehre einen Rangfolgebedarf allein für tatsächliche Kollisionsfälle (von ergiebigen Kriterien) sieht.¹²²

b) Bestimmung einer Rangfolge nach staatsrechtlichen Auslegungszielen

aa) Konzeption von Koch/Rießmann

Koch/Rießmann sehen die Antwort der Rangfolgefrage nicht im Verfassungsrecht, sondern postulieren staatsrechtliche Erwägungen als (einzig möglichen) Lösungsansatz.¹²³ Eingangs kritisieren sie eine Alternativität zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie, die als fundamentale Kontroverse der Rangfolgeproblematik vorgeordnet sei.¹²⁴ Die Probleme und

¹²⁰ Siehe oben Abschnitt **III. 1. a) cc**).

¹²¹ *Christensen/Kudlich* (Fn. 20), S. 378 Fn. 410.

¹²² *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 434.

¹²³ *Koch/Rießmann* (Fn. 22), S. 177 bewerten die These von der Unlösbarkeit des Rangfolgeproblems als Resultat einer Beschränkung auf begründungstheoretische Gesichtspunkte oder einer fehlenden Trennung von begründungs- und staatsrechtlichen Argumenten.

¹²⁴ *Ebd.*, S. 177; zum Theorienstreit siehe unten Abschnitt **IV. 1.**

Divergenzen im Streit zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie seien allerdings im Grunde Rangfolgeprobleme.¹²⁵ Letztere würden jedoch als Diskussion über Auslegungsregeln missverstanden anstatt als Diskussion über Auslegungsziele betrachtet. Dadurch werde verschleiert, dass die Rangfolgediskussion eine staatstheoretische Kontroverse sei.¹²⁶ Mithilfe von staatstheoretischen Begründungshinweisen kommen sie zu drei Auslegungszielen, die drei klassischen Auslegungskriterien entsprechen sollen: Wortsinn, gesetzgeberischer Zweck und vernünftiger Zweck (Gesagtes, Gewolltes und Vernünftiges).¹²⁷ Der Vorrang des Wortsinns vor den Zwecken des Gesetzgebers wird mit der Schriftform der Verfassung begründet, die zudem die Rechtsordnung als eine geschriebene vorsehe.

bb) Kritische Betrachtung

Nach *Koch/Rießmann* ist die Rangfolgefrage mit einem staatstheoretischen Ansatz relativ einfach zu beantworten und bereitet keine besonderen Schwierigkeiten.¹²⁸ Sie distanzieren sich von dem Versuch, aus der Verfassung Methodenaussagen zu ziehen, denn die Rangfolgefrage müsse auch beantwortet werden können, wenn es keine Verfassungsnorm gebe, die eine Bindungsfrage anspricht.¹²⁹ Ein Unterschied zum Vorgehen der zuvor besprochenen „verfassungstheoretischen“ Ansätze ist jedoch nicht vorhanden, denn auch „rein“ staatstheoretische Erwägungen stützen sich notwendigerweise auf den demokratischen Verfassungsstaat.

Wie *Rießmann* später selbst feststellt, ist die Bestimmung einer Rangfolge aus staatstheoretischer Perspektive komplizierter als ursprünglich behauptet.¹³⁰ Umstritten ist dabei das Verhältnis zwischen dem Wortlaut (dem Gesagten) und dem gesetzgeberischen Zweck (dem Gewollten). Beide Auslegungskriterien drücken eine Bindung aus.¹³¹ Das Argument, dass die Verfassung eine geschriebene sei und diese die Rechtsordnung ebenfalls als geschriebene

¹²⁵ *Ebd.*, S. 178.

¹²⁶ *Ebd.*, S. 183.

¹²⁷ *Ebd.*, S. 182; der Auslegung nach der Systematik käme gegenüber der grammatischen Auslegung nur eigenständige Bedeutung i.S.v. Widerspruchsfreiheit zu, welches jedoch kein Gebot zur *Ermittlung* des Gesetzesgehalts sei, sondern eines zur *Festsatzung*, *ebd.*, S. 167; eine grundsätzlich zustimmenden Neuvaluierung dieser Rangfolge bei *Rießmann*, *Möglichkeit und Grenzen der Gesetzesbindung*, in: Alexy et al., *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, 2003, S. 135 ff.

¹²⁸ *Koch/Rießmann* (Fn. 22), S. 182, 184.

¹²⁹ *Rießmann* (Fn. 127), 141.

¹³⁰ *Ebd.*, 142 ff.

¹³¹ So auch *Alexy* (Fn. 22), S. 305.

vorsehe, ist ein reines Formargument, welches keine Rückschlüsse auf die Funktionen der Gesetzesbindung zulässt.¹³²

c) *Bilanz*

Auch wenn die Folgerungen aus dem staatstheoretischen Ansatz nicht einheitlich sind, ist ihnen gemein, dass sie im Gegensatz zu einem begründungstheoretischen Ansatz feste Vorrangregeln erstellen. Jedoch beziehen sich diese Rangregeln zumeist auf ergiebige „Teilergebnisse“ der Auslegungskriterien; so soll die Regelungsabsicht des Gesetzgebers gegenüber objektiv-teleologischen Überlegungen vorrangig sein. Die Bestimmung der Regelungsabsicht lässt sich jedoch nicht allein mit der Entstehungsgeschichte beantworten; ferner sind die Gesetzesmaterialien als Sprachtext gleichfalls auszulegen, weshalb gerade in schwierigen Fällen Kollisionen und Unsicherheiten auftreten können, für die dann keine Vorrangregeln existieren. Dem staatstheoretischen Ansatz gelingt damit lediglich das Aufstellen von Regeln, die nur beschränkt zur Klärung der Rangfolgefrage beitragen. Eine Antwort im Sinne einer klaren Hierarchisierung der Auslegungskriterien liefert sie hingegen nicht.

3. Zwischenergebnis: Skepsis gegenüber einer Rangfolge

In der Diskussion findet sich als positive Antwort auf die Rangfolgefrage zunächst eine zeitliche Abfolge der Prüfung im Sinne einer Reihenfolge, die jedoch zur Bewältigung der methodischen Herausforderungen der richterlichen Entscheidung nicht beitragen kann. Auch die Vorstellung einer Rangfolge als Filtersystem, bei dem die nächste Stufe nur angesteuert werden soll, wenn man zuvor zu keinem Ergebnis gekommen ist, taugt nur bedingt dazu, einen verlässlichen Entscheidungsmaßstab in Konfliktfällen zu liefern. Versucht man schließlich, das Gewicht der jeweiligen Auslegungskriterien zu hierarchisieren, ergibt die Analyse der verschiedenen Ansätze, dass es sich dabei stets um abstrakte Vorrangregeln zwischen bereits gefundenen Ergebnissen handelt und ein absolutes Rangverhältnis nicht aufgestellt werden konnte.

In Anbetracht dieser Auseinandersetzung ist es verständlich, dass sich in der Literatur zahlreiche Stimmen finden, die eine Rangfolgebildung grundsätzlich ablehnen.¹³³ Im Grunde teilen sie die Einsicht des begründungstheoretischen

¹³² *Rißmann* (Fn. 127), 143; dazu aus britischer Perspektive *Gardner*, Can There Be a Written Constitution?, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2009, passim.

¹³³ *Esser* (Fn. 40), S. 122 ff.; *Kriele* (Fn. 66), S. 85 ff.; *Raisch*, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988, S. 38; *Brugger* (Fn. 26), 21; *Pawlowski* (Fn. 10), Rn. 7; *Hassemer*, Rechtssystem und Kodifikation:

Ansatzes, dass eine abstrakte Wertigkeitsrangfolge nicht existiert. Sie sind jedoch der Meinung, dass auch eine Stufenfolge der Auslegungskriterien, welche die Methodenwahl tatsächlich disziplinieren könnte, unerreichbar sei.¹³⁴ Dahinter steht häufig die Anschauung, dass die Vorstellung eines „richtigen“ Ergebnisses verfehlt sei und die richterliche Entscheidung durch methodische Regeln nicht vorbestimmt werden könne.¹³⁵ Es ist somit ein zunehmend schöpferisches Verständnis von der Richterarbeit zu erkennen. Insbesondere *Esser* sieht eine Abhängigkeit der Entscheidung vom (rechtspolitisch geprägten) Vorverständnis, wobei er nicht nur den Methodenpluralismus i.S.d. Methodenwahl, sondern auch die Gegensätzlichkeit („Antinomie“) der Auslegungskriterien beklagt.¹³⁶

Jedoch entspringt das Bedürfnis nach einer Rangfolge genau diesen Antinomien, wie etwa, dass die Entstehungsgeschichte der „objektiven“ ratio legis widersprechen kann. Die Unmöglichkeit einer Rangfolge kann daher nicht mit der Unvereinbarkeit der Kriterien in Problemfällen bewiesen werden. Nach Betrachtung der Diskussion ist freilich Skepsis angezeigt. Gesetzesbindung als Ziel der Bemühungen um eine Rangfolge ist zunächst selbst konkretisierungsbedürftig und letzten Endes zu allgemein, sodass das Scheitern der Rangfolgebildung nicht verwunderlich ist. Verlässlichkeit und Rationalität der richterlichen Entscheidung werden in der Diskussion nicht als Maßstäbe einer methodischen Lösung verwendet, sondern als sichere Konsequenz einer erfolgreichen Rangfolgebildung unterschätzt. Eine klare Verneinung der Möglichkeit einer Rangfolge wird indes durch ungeklärte (überflüssige?) Kontroversen und (paradigmatisch?) unterschiedliche Prämissen erschwert, die im nächsten Abschnitt (IV.) beleuchtet werden.

Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 251 (262 f.); weniger streng, aber dennoch ablehnend *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 50 f.

¹³⁴ So untersucht *Kriele* (Fn. 66), S. 85 ff. die Anforderungen eines „idealen“ Stufenkatalogs und stellt fest, dass ein solcher nicht gefunden werden kann; man müsse an Beispielfällen prüfen, welche Rangfolge zu den sichersten Ergebnissen führt, was jedoch an der Intersubjektivität der Bewertungen der Ergebnisse scheitern müsse; krit. *Koch/Rißmann* (Fn. 22), S. 183, die *Kriele* einem begründungstheoretischen Ansatz zuordnen, weshalb eine Rangfolgebildung aus deren Perspektive nicht funktionieren kann.

¹³⁵ *Hassemer* (Fn. 38), 204, die Auslegungskriterien seien Mittel der Darstellung, nicht Herstellung der Gesetzesauslegung – sie seien nicht ergebnisbestimmend, sondern dienen der Legitimation einer Auslegungshypothese in ihrer Begründung.

¹³⁶ *Esser* (Fn. 40), S. 123 ff.; *ders.*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964, S. 117 ff.

IV. Befund: Unzulänglichkeit der Rangfolgelösungen

Hinter der Diskussion um die Möglichkeit und Gestaltung einer Rangfolge der Auslegungskriterien verbergen sich die ewige Kontroverse zwischen den sog. Auslegungstheorien (1.) sowie das Bedürfnis nach einer Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung (2.). Dadurch rücken die konkreten methodischen Herausforderungen der richterlichen Entscheidung in den Hintergrund, weshalb im nächsten Schritt die Praktikabilität einer Rangfolgebildung ohne diese irreführenden Abgrenzungsversuche erprobt wird (3.).

1. Irreführende Abgrenzung Nr. 1: Auslegungstheorien

Regelmäßig wird der Streit um das Ziel der Auslegung als theoretisches Fundament der Rangfolgefrage bezeichnet und dieser vorangestellt.¹³⁷ Gestritten wird, ob der Auslegung eine „subjektive“ oder eine „objektive“ Theorie zugrunde gelegt werden soll. Selbst Autoren, die diesen Streit als im Wesentlichen überwunden betrachten, sehen darin weiterhin einen wichtigen Aspekt der Rangfolgefrage und setzen die Kontroverse damit innerhalb der Rangfolgediskussion fort.¹³⁸

a) *Subjektiv gegen objektiv?*

Die Grundthese der subjektiven Theorie lässt sich mit der Suche nach dem historischen Willen des Gesetzgebers zusammenfassen, wohingegen die objektive Theorie das Ziel der Gesetzesauslegung in der Erschließung des dem Gesetz selbst innewohnenden Sinnes erblickt, der sich im Zeitablauf wandeln könne.¹³⁹ Dabei geht es nicht nur um die Frage nach der Verbindlichkeit von Regelungsabsichten und Normvorstellungen des Gesetzgebers, sondern auch um jene nach dem maßgeblichen zeitlichen Kontext der Auslegung. Insofern ist die Dichotomie zwischen objektiv und subjektiv bereits begrifflich unscharf,

¹³⁷ *Ott*, Zur Frage der Rangordnung unter den Auslegungsargumenten, ZSR 1973, 247 (247 f.); *Gern* (Fn. 39), 421; *Looschelders/Roth* (Fn. 9), S. 31; *Melin*, Gesetzesauslegung in den USA und Deutschland. Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (CISG), 2005, S. 277; *Walz*, Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, ZJS 2010, 482 (483); *Engisch* (Fn. 7), S. 175 f.

¹³⁸ *Bydlinski* (Fn. 17), S. 436 bezeichnet die Frage nach dem Auslegungsziel als unzureichende Annäherung an die Rangfolgefrage; *Kriele* (Fn. 66), S. 86; *Koch/Rißmann* (Fn. 22), S. 177 ff.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 632; *Arnim/Brink* (Fn. 108), S. 237; *Bydlinski* (Fn. 62), S. 34.

¹³⁹ *Fleischer*, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: ders., *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 2013, S. 1 (6 f.).

zumal sich dahinter im Grunde neben den herkömmlichen Paarungen „objektiv-geltungszeitlich“ und „subjektiv-historisch“ auch die Kombinationen „objektiv-historisch“ und „subjektiv-geltungszeitlich“ verbergen können.¹⁴⁰

Entscheidend ist hier, dass im demokratischen Verfassungsstaat eine rein objektive Auslegungstheorie, die eine Einbeziehung der gesetzgeberischen Vorstellungen für unzulässig erachtet, nicht mehr haltbar ist und auch nicht mehr vertreten wird.¹⁴¹ Zieht die objektive Theorie sog. objektiv-teleologische Kriterien heran, so müssen diese Zwecke aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG ebenso eine normative Rückkopplung aufweisen und sich damit auf einen positiven Rechtsakt (insbesondere Verfassung und Gesetz) zurückführen lassen.¹⁴² Der Rekurs auf „Gerechtigkeitsvorstellungen“ oder auf die „Rechtsidee“, wie er bei *Larenz* und *Bydlinski* zu finden ist, verwirrt insofern, als damit im Verfassungsstaat keine metarechtlichen Überlegungen gemeint sein können. Ferner sehen auch Vertreter der subjektiven Theorie die Möglichkeit, dass die Regelung des Gesetzgebers nicht mehr zeitgemäß ist, und lassen daher eine richterliche Rechtsfortbildung zu.¹⁴³ Damit wird das Hauptanliegen der objektiven Theorie, nämlich die Anpassung des Gesetzes an veränderte Verhältnisse, gewissermaßen auf anderem Weg verwirklicht.¹⁴⁴

Eine Differenz zwischen subjektiver und objektiver Theorie besteht daher nur noch in Nuancen, weshalb die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie keine Hilfe bei Methodenfragen bietet. Vielmehr werden die dahinterstehenden Interessen nun innerhalb der Rangfolgefrage erörtert, wobei insbesondere der Rang der historischen Auslegung umstritten ist.¹⁴⁵ Die sog. Kombinationstheorie, die häufig als Vereinigungslösung vorgeschlagen wird,¹⁴⁶ ist letztlich Ausdruck davon, dass zwischen den beiden

¹⁴⁰ *Koch/Rießmann* (Fn. 22), S. 179; für die gängigen Argumente, die im Streit zwischen objektiver und subjektiver Theorie angeführt werden, sei auf die Darstellung von *Melin* (Fn. 137), S. 236 f. verwiesen.

¹⁴¹ Vgl. *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 341 f. m.w.N.

¹⁴² *Ebd.*, S. 316 f. m.w.N.

¹⁴³ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 730.

¹⁴⁴ *Melin* (Fn. 137), S. 251.

¹⁴⁵ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 180 bezeichnet dies als methodologische Kernfrage.

¹⁴⁶ *Larenz* (Fn. 17), S. 316 ff.; *Brugger* (Fn. 26), 19; vgl. auch *Melin* (Fn. 137), S. 252; krit. zu diesen Vereinigungsversuchen *Schroth*, Theorie und Praxis der subjektiven Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 67 f.

Theorien kein zwingender Gegensatz besteht, wie die überkommene Kontroverse es vermuten lässt.¹⁴⁷

b) Methodische Aussagekraft des „Auslegungsziels“

Mangels tatsächlicher Divergenz erübrigt sich die Frage somit, ob nun der „Wille des Gesetzgebers“ oder der „Wille des Gesetzes“ das Ziel der Auslegung sei. Die Frage nach dem Auslegungsziel wirft nämlich an sich keine Probleme auf: Betrachtet man mit der klassischen (hermeneutischen) Methodenlehre die Norm als Bedeutungsgegenstand, bei dem man den Inhalt durch Rechtserkenntnis erfassen kann, ist Ziel der Auslegung das Verstehen der Norm. Sieht man dagegen den Auslegungsprozess zunehmend als Herstellungsprozess einer Entscheidungsnorm (Norm als Praxis bzw. als soziale Handlung),¹⁴⁸ so liegt das Ziel der Auslegung darin, eine inhaltlich und methodisch korrekte Rechtsnorm zu erarbeiten und dementsprechend den Fall richtig zu entscheiden.¹⁴⁹ Diese „Ziele“ können kaum eine konkrete Hilfe bei der Beantwortung von Methodenfragen sein und resultieren schlicht aus den grundlegend verschiedenen Perspektiven der semantischen und konstruktivistischen Methodenlehre.

c) Paradigmatische Differenz im Vorverständnis

Die Probleme, die zu einer Unterscheidung zwischen subjektiv und objektiv verleitet haben, sind nun verlagert in der Rangfolgediskussion vorzufinden. Es stellt sich dort nicht die Frage nach *dem* Auslegungsziel, sondern nach einer Rangfolge von „Auslegungszielen“ im Sinne von Teilergebnissen der Auslegung,¹⁵⁰ wobei eine solche nur bedingt Aufschluss über eine Rangfolge der Auslegungskriterien bei unklaren Fällen geben kann.¹⁵¹

Es wird insbesondere diskutiert, ob das vom Gesetzgeber „Gewollte“ dem „Gesagten“ vorgeht oder nicht.¹⁵² Die unterschiedlichen Ergebnisse¹⁵³ lassen

¹⁴⁷ Vgl. *Bumke* (Fn. 8), 29.

¹⁴⁸ Vgl. *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 209 ff.

¹⁴⁹ *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 443.

¹⁵⁰ So sehen *Koch/Rißmann* die Auslegungszielkontroverse sowie die Rangfolgeproblematik auf gleicher Ebene angesiedelt und stellen daher eine Rangordnung von Auslegungszielen auf (das Gesagte, das Gewollte, das Vernünftige). Ähnlich verfahren *Looschelders/Roth*, und *Rüthers* erstellt eine Rangfolge zwischen Auslegungsziel und Auslegungsmitteln.

¹⁵¹ Vgl. die Ausführungen in den Abschnitten **III. 1. a) cc); III. 2. a) dd); III. 2. b) bb).**

¹⁵² Dabei muss sich die Frage nach einer Vorrangregel auf die Fälle beschränken, in denen Wortsinn und Regelungsabsicht des Gesetzgebers sich eindeutig widersprechen oder in gleichem Maße mehrdeutig sind. Angesichts der begrenzten Leistungsfähigkeit

auf die ursprüngliche Kontroverse zwischen subjektiver und objektiver Theorie schließen. Diese Theorien sind verfassungstheoretisch betrachtet Rekonstruktionsversuche eines angemessenen Verhältnisses von Rechtsetzung und Rechtsanwendung im Rahmen der Gewaltentrennung.¹⁵⁴ Daraus ergeben sich unterschiedliche Vorstellungen davon, wie Gesetzesbindung bei der richterlichen Entscheidung realisiert werden soll, welche sich dann in der Rangfolgefrage niederschlagen.

Wie die Analyse der Diskussion bereits gezeigt hat, lässt sich die Frage nach der Rangfolge auch verfassungs- bzw. staatsrechtlich nicht letztbegründbar beantworten. Die Differenzen in den Vorstellungen bezüglich der Gesetzesbindung, welche nur unzureichend von der Unterscheidung zwischen subjektiv und objektiv wiedergegeben werden, haben somit einen „paradigmatischen“ Charakter.¹⁵⁵ Wie *Wischneyer* zutreffend bemerkt, ist dies eine Konsequenz der Offenheit einer Verfassungsordnung, in der Geltungsansprüche nicht nur innerhalb, sondern auch über den Rahmen dieser Ordnung ausgetauscht werden können.¹⁵⁶

Nach *Bumke* findet sich eine entscheidende paradigmatische Differenz in der Gegenüberstellung von einem gerichts- und einem parlamentszentrierten Verständnis von Rechtsprechung. Bei einem parlamentszentrierten Verständnis liegt die Aufgabe des Richters nachdrücklich darin, einen parlamentarisch sanktionierten Konsens zu bewahren, wohingegen bei einem richterzentrierten Verständnis der Richter seine von der Verfassung verliehene gestaltende Rolle aktiver nutzen darf.¹⁵⁷ Ob man nun bei der Rangfolgefrage eher dem Normtext

von Sprache, sowohl vom Normtext als auch von Gesetzesmaterialien, dürfte dieser Fall theoretischer Natur bleiben.

¹⁵³ Für den Vorrang von Grammatik und Systematik *Koch/Rießmann* (Fn. 22), S. 184; *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 440; genau anders *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, S. 340 f.; *Rüthers/Fischer/Birke* (Fn. 5), Rn. 743.

¹⁵⁴ *Wischneyer* (Fn. 14), S. 348; vgl. auch *Hassold*, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive und objektive Theorie der Gesetzesauslegung, ZZP 94 (1981), 192 (197).

¹⁵⁵ *Bumke* (Fn. 8), 5, 11.

¹⁵⁶ *Wischneyer* (Fn. 14), S. 348 f.

¹⁵⁷ Vgl. *ebd.*, S. 321; beide Positionen lassen sich im Rahmen des Grundgesetzes begründen, vgl. *Bumke* (Fn. 8), 6 ff., 10 mit Fn. 37, sowie dann exemplarisch die jeweiligen Beiträge von *Bumke*, Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33 ff., und *Jestaedt*, Richterliche Rechtsetzung statt richterliche

oder der gesetzgeberischen Regelungsabsicht den Vorzug gibt, lässt sich zumindest in Grundzügen mit dem jeweiligen verfassungstheoretischen Vorverständnis erklären.

Daneben besteht zudem die paradigmatische Differenz eines statischen („entstehungszeitlichen“) und eines dynamischen („geltungszeitlichen“) Rechtsverständnisses, die in der Regel, aber nicht zwangsläufig, jeweils mit einem parlaments- bzw. gerichtszentrierten Verständnis einhergehen.¹⁵⁸ Die suggerierte Alternativität zwischen subjektiver und objektiver Theorie vermag diese Probleme nicht zu strukturieren, weshalb dieses Begriffspaar aufgegeben werden sollte.¹⁵⁹

2. Irreführende Abgrenzung Nr. 2: Auslegung und Rechtsfortbildung

Ein letztverbleibender Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Theorie besteht allein dann, wenn die herkömmliche Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung bemüht wird.¹⁶⁰ Es fällt auf, dass die Vorrangregel „Gesagtes“ vor „Gewolltem“ im Rahmen der Auslegung bei der Rechtsfortbildung genau umgekehrt wird.¹⁶¹ Um die „richtige“ Vorrangregel anwenden zu können, müsste somit die Abgrenzung hinreichend klar sein. Der Verdacht drängt sich auf, dass die Probleme der richterlichen Entscheidung sich aus der Rangfolgefrage entfernen und in die Diskussion zur Zulässigkeit von Rechtsfortbildung migrieren. So kritisiert *Rüthers* die Einbeziehung von „objektiv-teleologischen“ Kriterien in die Auslegung, lässt diese allerdings bei der Rechtsfortbildung zu. Demgegenüber ziehen diejenigen, die „vernünftige Zweckerwägungen“ bei der Auslegung erlauben,¹⁶² diese erst zu Rate, wenn die restlichen Auslegungskriterien keine Orientierung mehr bieten, die Determination durch das Gesetz also an seine Grenze stößt. Insofern unterscheidet sich die Stufenfolge der Auslegung vom Stufenmodell der Rechtsanwendung anscheinend nur terminologisch. Eine Untersuchung der Notwendigkeit, Möglichkeit und Fragwürdigkeit der Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung lohnt daher auch im Hinblick auf die Rangfolgefrage.

Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: Bumke, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49 ff.

¹⁵⁸ *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 350 ff.

¹⁵⁹ Vgl. *ebd.*, S. 324 f.

¹⁶⁰ *Hassold* (Fn. 154), 197.

¹⁶¹ *Koch/Rüßmann* (Fn. 22), S. 257; *Neuner* (Fn. 42), S. 115.

¹⁶² Vgl. exemplarisch *Larenz* (Fn. 17), S. 344.

a) Rechtsfortbildung: Wortlautgrenze und Lückensuche

Die semantische Methodenlehre ist sich über die Grenzfunktion des Wortlauts relativ einig. Die Auslegung einer Rechtsnorm muss mit ihrem möglichen Wortsinn im Einklang stehen, ansonsten befindet sich der Richter im Bereich der Rechtsfortbildung.¹⁶³ Aus diesem Grund ist auch keine Bindung an das „Gesagte“ mehr möglich. Die methodische Basis der Rechtsfortbildung bildet dabei die Figur der offenen oder verdeckten Gesetzeslücke.¹⁶⁴ Allerdings sind die Tätigkeiten bei Auslegung und Rechtsfortbildung im Grunde dieselben und gehen fließend ineinander über.¹⁶⁵ Die Feststellung, dass eine *Auslegung* nicht mehr vom Wortsinn umfasst ist und dass eine Gesetzeslücke vorliegt, steht immer am Ende einer Auslegungstätigkeit.¹⁶⁶ Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Rechtsfortbildung einer eingehenderen Begründung bedarf als eine Auslegung in Grenzfällen, denn beide müssen rational dargelegt und nachvollziehbar sein.¹⁶⁷ Der Wortsinn als Abgrenzungskriterium ist dabei durch seine Vagheit sowie die Möglichkeit technischer Festlegung so manipulierbar, dass er keine zuverlässige Grenzziehung zwischen Wortauslegung und Lückenfüllung leisten kann.¹⁶⁸

b) Rechtsanwendung: Rechtserkenntnis oder Rechtserzeugung?

Die semantische Betrachtung der Norm als Bedeutungsgegenstand führt zu der Vorstellung, dass Rechtsanwendung bloße Rechtserkenntnis sei. Dies ist allerdings eine rhetorische Fassade, denn die suggerierte Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der richterlichen Entscheidung kann nur begrenzt eingelöst werden, was die Rangfolgediskussion aufzeigt. Die Entscheidungsverantwortung wird auf den Gesetzgeber verlagert, wohingegen die richterliche Verantwortung zunehmend verschleiert wird.¹⁶⁹ Als

¹⁶³ Vgl. statt vieler *Buchwald* (Fn. 37), 27.

¹⁶⁴ *Bumke*, Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders., Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33 (36).

¹⁶⁵ *Larenz* (Fn. 17), S. 366 spricht von „Fortsetzung der Auslegung“; *Hasold* (Fn. 23), S. 211 (220 f.) m.w.N. nennt die „Wesensgleichheit“.

¹⁶⁶ Eindrücklich BVerwGE 129, 93 (95 ff.), erst die Auslegung nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck führte zur Ablehnung einer Gesetzeslücke.

¹⁶⁷ Vgl. *Pan'łowski* (Fn. 10), Rn. 507; a.A. *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 20.

¹⁶⁸ *Kriele* (Fn. 66), S. 233; *Buchwald* (Fn. 37), 16 (45 f.); *Bumke* (Fn. 164), 40. Das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG sowie die Rechtserzeugung contra legem werden hier nicht untersucht.

¹⁶⁹ Vgl. *Haverkate* (Fn. 71), S. 165; zum Grenzziehungsversuch *ibd.*, S. 156: „Der Richter steht unter dem Gesetz; was aber das Gesetz sagt, darüber befindet der Richter.“

Alternativmodell bietet sich der (konstruktivistische) Gedanke der Rechtserzeugung an, mit dem zugleich die wenig gewinnbringende und ungenaue Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung aufgegeben wird.¹⁷⁰ Dieser Ausgangspunkt ermöglicht zudem die methodische Einordnung der Konkretisierung von Prinzipien wie etwa Grundrechten. Der Richter ist bei allen Formen der Rechtserzeugung an die gesetzliche Gesamtkonzeption und die anerkannten Grundsätze der Rechtsordnung gebunden.¹⁷¹ Eine Rangfolgebildung der Auslegungskriterien muss sich demnach auf die Rechtserzeugung insgesamt beziehen und darf nicht an der vermeintlichen Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung halt machen.

3. Praktikabilität der Rangfolgebildung

Die aufgezeigten Irrwege innerhalb der Diskussion führen schließlich zu der Frage, ob das eingangs festgestellte Bedürfnis nach Gesetzesbindung, Verlässlichkeit und Rationalität der richterlichen Entscheidung überhaupt mithilfe einer Rangfolge der Auslegungskriterien befriedigt werden kann. Der Befund, dass die bisherigen Rangfolgelösungen keine allgemeine Anerkennung gefunden haben, liefert noch nicht den Beweis, dass eine Rangfolgebildung im Rahmen der richterlichen Rechtserzeugung unmöglich ist. Die Praktikabilität der Rangfolgebildung hängt dabei von der Leistungsfähigkeit der Auslegungskriterien (*a*), dem Umgang mit dem schöpferischen Element der richterlichen Entscheidung (*b*) sowie der möglichen Legitimation von konkreten Vorrangregeln (*c*) ab.

a) Leistungsfähigkeit der Auslegungskriterien

Nach der Leistungsfähigkeit der Auslegungskriterien entscheidet sich, ob eine Rangfolge unter ihnen tatsächlich zu einem erhöhten Maß an Rationalität und Legitimationsfähigkeit der richterlichen Entscheidung führen kann.¹⁷²

aa) Aufgabe(n)

Die Aufgabe der Auslegungskriterien besteht darin, die Entscheidungsfindung

¹⁷⁰ Bumke (Fn. 164), 37; vgl. bereits Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960 (1. Aufl. 1934), S. 350 ff.; Absage an die dualistische Konzeption der Rechtsarbeit bei Müller/Christensen (Fn. 18), Rn. 145, 147; aus Gründen der Einheitlichkeit und Verständlichkeit wird im Folgenden der Begriff „Auslegung“ weiterhin verwendet.

¹⁷¹ Bumke (Fn. 164), 41.

¹⁷² So Neuner (Fn. 42), S. 112; vgl. auch Schönemann, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, in: FS Klug, 1983, S. 169 (173).

anzuleiten und die möglichen Argumente zu strukturieren. Dabei erfüllen die einzelnen Auslegungskriterien verschiedene Funktionen:¹⁷³ Die Auslegung nach der Grammatik und der Entstehungsgeschichte der Norm drückt eine Bindung an den Normtext bzw. an die gesetzgeberische Entscheidung aus. Die systematische Auslegung dient u.a. der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Teleologische Erwägungen können sowohl bei der Entstehungsgeschichte als auch bei der Systematik entscheidend sein. Selbstständige Bedeutung erhält die Teleologie, wenn es um die Berücksichtigung von anerkannten Rechtsgrundsätzen geht. Alle Auslegungskriterien sind somit geeignet, rechtsstaatliche Gebote (Bestimmtheit, Systemgerechtigkeit, demokratische Legitimation) zu verwirklichen. Diese Antinomien in ihrer Funktion, welche *Esser* zu der Schlussfolgerung geführt haben, dass eine Hierarchisierung der Auslegungskriterien unmöglich sei, dürfen allerdings nicht überbewertet werden;¹⁷⁴ so führt bspw. die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte nicht zwangsläufig zu einer „demokratischeren“ Entscheidung, denn bei der Gesetzesauslegung können Brüche im komplexen Gesetzgebungsprozess nicht stets nachvollzogen werden.

bb) Unbestimmtheit des Methodenkanons

Das zentrale Problem der Rangfolgebildung liegt weniger in den divergierenden Funktionen der Auslegungskriterien,¹⁷⁵ als darin, dass über die Auslegungskriterien (und ihre Funktionen) ohne Einzelfallbezug nur sehr abstrakt gesprochen werden kann. Gerade bei den teleologischen Kriterien wird deutlich, dass es sich bei den Auslegungskriterien lediglich um Oberbegriffe handelt, die nicht trennscharf voneinander zu unterscheiden sind. Hinsichtlich der Einteilung der Auslegungskriterien existiert weder terminologisch noch inhaltlich Einigkeit.¹⁷⁶ Dies mindert den Wert einer Rangfolge gerade in problematischen Fällen. Auch die Eigenheiten und speziellen Grundprinzipien der verschiedenen Rechtsgebiete müssen bei der Auslegung berücksichtigt werden, weshalb die Auslegungskriterien für die Problemlösung nicht abschließend sein können.¹⁷⁷ So ist eine „fahrlässige“ Handlung beim

¹⁷³ Vgl. *Alexy* (Fn. 22), S. 302; krit. *Esser* (Fn. 40), S. 124.

¹⁷⁴ *Wismeyer* (Fn. 14), S. 336 m.w.N.

¹⁷⁵ *Haverkate* strukturiert die juristische Argumentation mithilfe von drei Grundtypen (die normtext-bezogene, die begriffliche und die Zweck-Argumentation) zu. Dabei geht auch *Haverkate*, (Fn. 27), S. 49 f. von einer Unvereinbarkeit dieser drei unverzichtbaren Argumentationstypen aus und lehnt, ähnlich wie *Esser*, eine Hierarchisierung ab.

¹⁷⁶ Vgl. *Hassemer* (Fn. 38), 203.

¹⁷⁷ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 5), Rn. 674.

Schadensersatzanspruch im Ergebnis anders auszulegen als eine „fahrlässige“ Handlung in Bezug auf eine Straftat;¹⁷⁸ und im Erbrecht gelten andere Grundprinzipien als im Handelsrecht, die bei der Auslegung maßgeblich sein können. Solche Überlegungen führen aus der abstrakten Methodenlehre in die rechtslagenabhängige Rechtsdogmatik.¹⁷⁹

Zudem deckt der klassische Methodenkanon nicht alle Aspekte ab, die bei der Auslegung relevant oder gar maßgeblich sein können.¹⁸⁰ Im Zivilrecht hat etwa die verfassungskonforme und die rechtsvergleichende Auslegung an Bedeutung gewonnen, im öffentlichen Recht ist die Abwägung¹⁸¹ in Form der praktischen Konkordanz von hoher methodischer Bedeutung. Auf allen Rechtsgebieten spielen dabei zunehmend die europarechtskonforme Auslegung, die Zulässigkeit von Folgenerwägungen sowie der Umgang mit Präjudizien eine Rolle.¹⁸² Diese Ergänzungen sind zum Teil von anderer Struktur als die herkömmlichen Auslegungskriterien und sind daher schwierig in die Rangfolgefrage einzubeziehen. Es deuten sich eine Unvollständigkeit und letztlich die Untauglichkeit der Rangfolgebildung für die Anleitung der richterlichen Entscheidung an.

cc) Koinzidenz, Kompensation, Kollision

In den meisten Fällen ist trotz des Konfliktpotenzials der Auslegungskriterien Einigkeit unter den Rechtsanwendern auch ohne eine verbindliche Rangfolge vorzufinden. Die Auslegungskriterien stehen nicht isoliert nebeneinander oder gar in strenger Konkurrenz zueinander, vielmehr überschneiden sich ihre Aussagen, ergänzen sich regelmäßig und erläutern sich so gegenseitig. Für das Phänomen eines weitgehenden Konsenses gibt es unterschiedliche Erklärungstheorien, sei es aus hermeneutischer Sicht das gemeinsame Vorverständnis oder aus konstruktivistischer Sicht die Funktionsfähigkeit der Argumentationskultur.¹⁸³ Nur in schwierigen Kollisionsfällen wird eine Rangfolge tatsächlich benötigt, um eine beliebige Methodenwahl zu

¹⁷⁸ Im Strafrecht gibt es zudem strengere verfassungsrechtliche Anforderungen (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG).

¹⁷⁹ Hassemer, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, Rechtstheorie 2008, S. 1 (15 ff.); Voraussetzungen von dogmatischen Begriffen bei *Raisch* (Fn. 133), S. 78 ff.

¹⁸⁰ Vgl. *Ott* (Fn. 137), 255 ff.; *Brugger* (Fn. 26), 22 ff. schlägt eine interne Differenzierung statt einer externen Ergänzung vor, dies würde eine Rangfolgebildung jedoch nicht gerade leichter machen; krit. *Hassemer* (Fn. 179), 10.

¹⁸¹ Aktuelle Überlegungen bei *Müller/Mastronardi*, „Abwägung“. Herausforderung für eine Theorie der Praxis, 2014, passim.

¹⁸² *Hassold* (Fn. 23), 233 ff.; *Raisch* (Fn. 5), S. 185 ff.

¹⁸³ Vgl. *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 325 m.w.N.; skeptisch *Schünemann* (Fn. 172), 174.

unterbinden.¹⁸⁴ Jedoch führen gerade in diesen Fällen die Auslegungskriterien zur Kontingenz der Ergebnisse. Dies steht im engen Zusammenhang mit der begrenzten Leistungsfähigkeit bzw. Unbestimmtheit der Auslegungskriterien, denn in problematischen Fällen ist oftmals nicht einmal der Kern des jeweiligen Kriteriums angewendet auf den Einzelfall eindeutig. Eine Rangfolge würde somit in den Fällen scheitern, in denen bereits gegensätzliche und gleich überzeugende Argumente innerhalb einer Argumentform gefunden werden können.¹⁸⁵

dd) Verlässlichkeit und Rationalität

Nimmt man nicht die Realisierung von Gesetzesbindung, wohinter sich wie oben dargestellt eine paradigmatische Differenz verbirgt, sondern die Verlässlichkeit und Rationalität der richterlichen Entscheidung als Maßstab der Rangfolgebildung, kommt man zu dem Befund, dass aufgrund der mangelnden Trennschärfe, Einheitlichkeit und Eindeutigkeit der Auslegungskriterien allein eine Rangfolge die Herausforderungen der richterlichen Entscheidung nicht bewältigen kann.

Die Auslegungskriterien schaffen zweifelsohne eine spezifische Denk-, Argumentations- und Begründungsweise bei der richterlichen Entscheidung.¹⁸⁶ Die Verlässlichkeit der Entscheidung kann dabei realistisch betrachtet nicht vollständig erreicht werden,¹⁸⁷ weshalb allein eine möglichst weitgehende Verlässlichkeit bemüht werden kann. Nach dem Gesagten sind die Auslegungskriterien weniger als klare Methodenregeln, denn als Argumentformen anzusehen, weshalb die juristische Methodenlehre mehr und mehr zu einer Argumentationslehre wird.¹⁸⁸

Der Auslegungsprozess ist somit kein deduktives Schema eines syllogistischen Schlusses,¹⁸⁹ sondern konzentriert sich auf die argumentative Vertretbarkeit der Lösung. Die Rationalität, und damit die Wissenschaftlichkeit der Argumentation, wird dabei durch die Forderung nach Sättigung der Auslegungskriterien gesichert, d.h. es müssen stets sowohl empirische Prämissen (Sprachgebrauch, Behauptungen über Regelungsabsichten des

¹⁸⁴ Ott (Fn. 137), 254.

¹⁸⁵ Vgl. zur dialogischen Argumentation Puppe (Fn. 2), S. 249 ff.

¹⁸⁶ Bumke (Fn. 8), 27.

¹⁸⁷ Vgl. Bumke, (Fn. 164), 37.

¹⁸⁸ Vgl. Morlok (Fn. 36), 182 f.; Alexy (Fn. 22), S. 301; „Argumentationskultur“ bei Müller/Christensen (Fn. 18), Rn. 179.

¹⁸⁹ Gesetzesbindung durch Deduktion ist damit nicht zu realisieren, Hassemer (Fn. 179), 3 ff.

Gesetzgebers, frühere Rechtszustände) als auch normative Prämissen (Zweckvorstellungen) offengelegt werden.¹⁹⁰ Dadurch wird die bloße Behauptung unterbunden, dass ein bestimmtes Ergebnis zwangsläufig aus einem Auslegungskriterium folge. Die Argumentation wird dadurch nachvollziehbar gemacht und mittels der Darstellung im Urteil der Kontrolle durch andere ausgesetzt.¹⁹¹ Wenn somit von einer „richtigen“ Entscheidung gesprochen wird, kann damit keine absolute, sondern nur eine konsensuale Richtigkeit im Sinne von Vertretbarkeit und Akzeptanz gemeint sein. Betrachtet man die Auslegungstätigkeit als Rechtserzeugung, so bezieht sich der Begriff von Richtigkeit auf das funktionelle Geflecht verschiedener Entscheidungsprozesse.¹⁹²

b) Schöpferisches Element der richterlichen Entscheidung

Die schöpferische Natur der juristischen Entscheidung kann damit nicht geleugnet werden und ist auch allgemein anerkannt.¹⁹³ Fraglich ist lediglich, wie mit diesem Entscheidungs- und Wertungscharakter der richterlichen Tätigkeit umzugehen ist, denn die Bemühungen um eine Rangfolge entstammen gerade dem Bedürfnis, dieses schöpferische Element kontrollierbar zu machen. Dabei muss man nicht so weit wie *Kelsen* gehen und die Auslegungskriterien als völlig untauglich für den Rationalisierungsprozess der Entscheidungsfindung bewerten.¹⁹⁴ Auch wenn die Auslegungskriterien als Argumentformen hauptsächlich der Darstellung einer Entscheidung dienen, können sie die Entscheidungsfindung unterstützen. Die Ansätze zur Rangfolgebildung spiegeln die verschiedenen Vorstellungen wider, inwieweit eine Rationalisierung mithilfe der Methodik möglich ist: Der begründungstheoretische Ansatz überlässt die letztentscheidende Abwägung einer externen Rationalität, während der staatsrechtliche Ansatz aus dem Verfassungsstaat konkrete Vorrangregeln für die Entscheidungsfindung abzuleiten versucht.

Diese beiden Ansätze sind im Ergebnis miteinander vereinbar.¹⁹⁵ Geht man davon aus, dass die Auslegungskriterien Sammelbezeichnungen für bestimmte Argumentformen sind, ist die Folge, dass grundsätzlich alle Auslegungskriterien

¹⁹⁰ *Raisch* (Fn. 5), S. 137; *Alexy* (Fn. 22), S. 302.

¹⁹¹ *Garrn*, Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen, 1986, S. 19: „Entscheidungen sind rational, soweit sie begründbar sind.“

¹⁹² *Christensen* (Fn. 103), S. 267.

¹⁹³ *Esser* (Fn. 40), S. 71 ff., 174 ff.; *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 327 f. m.w.N.; BVerfGE 34, 269 (287 f.).

¹⁹⁴ *Kelsen* (Fn. 170), S. 349 ff.

¹⁹⁵ Was *Christensen/Kudlich* bereits angedeutet haben, vgl. oben Abschnitt III. 2. a) dd).

denselben Rang haben und in einer Gesamtabwägung im Einzelfall miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Liegen jedoch hinreichend klare Teilergebnisse der Auslegung vor, so ist es denkbar, konkrete Vorrangregeln zu formulieren, die dann einer Abwägungslösung vorgehen.¹⁹⁶

Es ist dennoch stets eine konkrete Gewichtung der Argumente vonnöten, weshalb das schöpferische Element nicht völlig eliminiert werden kann. Die durch eine Rangfolge der Auslegungskriterien vollständig gebundene Entscheidung ist damit lediglich Fiktion, die gerade das fördert, was sie verhindern wollte, nämlich die Möglichkeit unkontrollierbarer Willkür durch den Richter.¹⁹⁷ Rationalität und Verlässlichkeit bedeuten damit nicht das Beseitigen, sondern das Offenlegen der erforderlichen und tatsächlich erfolgenden Wertungen.¹⁹⁸

c) *Legitimation von Vorrangregeln*

Da die Rangfolgebildung im Sinne einer ordinalen Anordnung aller Auslegungskriterien nicht nur aufgrund von paradigmatischen Differenzen schwierig, sondern wegen der begrenzten Leistungsfähigkeit der Canones unmöglich ist, verbleibt zur methodischen Disziplinierung der richterlichen Entscheidung nur die Möglichkeit konkreter Vorrangregeln. Damit ist nicht der unbedingte Vorrang eines Auslegungskriteriums gemeint (z.B. das Primat der teleologischen Auslegung oder jenes der Entstehungsgeschichte), sondern der Vorrang von bestimmten Teilergebnissen gegenüber anderen. Diese Vorrangregeln müssen staatstheoretisch legitimiert werden, d.h. es bedarf auch hier einer abstrakten Abwägung der Kriterien. Aufgrund der Offenheit der Verfassung und dem daraus resultierenden Mangel an einem intersubjektiven Maßstab ist die Letztbegründbarkeit auch hier unwahrscheinlich.¹⁹⁹ Es bleibt somit bei konsensfähigen Leitlinien, wie dass die gesetzgeberische Regelungsabsicht²⁰⁰ grundsätzlich beachtlich ist, die allerdings präsumtiv sind

¹⁹⁶ *Canaris*, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: FS Medicus, 1999, S. 25 (58 ff.).

¹⁹⁷ *Kriete* (Fn. 66), S. 96; vgl. *Haverkate* (Fn. 71), S. 136 ff.

¹⁹⁸ *Haverkate* (Fn. 71), S. 168; *Müller/Christensen* (Fn. 18), Rn. 269.

¹⁹⁹ *Riehm* (Fn. 10), S. 69 f.

²⁰⁰ „Der“ Gesetzgeber sowie „sein Wille“ bedürfen ferner einer näheren Untersuchung und Bestimmung, die jedoch den Umfang dieser Arbeit sprengen würde; dazu *Baldus/Theisen/Vogel*, „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung. Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, 2013, passim, die den sog. Gesetzgeberwillen als Fiktion betrachten; a.A. *Wischmeyer* (Fn. 14), S. 372 ff.

und damit lediglich Empfehlungscharakter haben.²⁰¹

V. Fazit

Die Untersuchung zeigt, dass die Auslegungskriterien als Argumentformen zu verstehen sind und weder unter- noch überschätzt werden sollten. Eine methodologisch erfasste Argumentationskultur hilft dabei, die richterliche Entscheidung in gewissen Maßen verlässlich und insbesondere rational kontrollierbar zu machen. Allerdings kann eine Rangfolge in Form einer Hierarchisierung der Argumentformen aufgrund des Abwägungscharakters der Argumentation nicht aufgestellt werden. Einzelne Vorrangregeln sind zwar denkbar, können jedoch ihre präsumtive Beschaffenheit mangels normativer Verbindlichkeit (aus der Verfassung) nicht überwinden. Die Verfassung enthält keine feststehenden Antworten zu den vorliegenden methodischen Fragen, denn solche Antworten müssten zunächst durch eine Verfassungsauslegung bestimmt werden, deren Methode wiederum ebenso fraglich ist. Die Bemühungen um eine Rangfolge der Auslegungskriterien werden damit den Herausforderungen der richterlichen Entscheidung nicht gerecht, denn die Verantwortung des Richters lässt sich nicht vollständig durch methodische Regeln disziplinieren. Verlässlichkeit und Gesetzesbindung, unabhängig davon, ob diese als Bindung an den Inhalt oder den Text des Gesetzes verstanden wird, müssen somit zusätzlich an anderen Stellen ansetzen.

Dabei kann sowohl bei der Herstellung als auch bei der Darstellung der richterlichen Entscheidung begonnen werden: So lassen sich mit *Hoffmann-Riem* auch Praxisfaktoren außerhalb des Normbereichs in die Methodik des Herstellungsprozesses einbeziehen.²⁰² Ferner können die richterliche Pragmatik und die Rechtsdogmatik zum Verständnis der Herstellungsphase und zur potentiellen Regelbildung beitragen,²⁰³ während eine Analyse des juristischen Entscheidungsprozesses mithilfe von (u.a. soziologischen)

²⁰¹ *Schroth* (Fn. 146), S. 102 ff.; *Arnim/Brink* (Fn. 108), S. 266 ff.; *Cremer*, *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, 2003, S. 63 f.; *Hassemer* (Fn. 179), 13.

²⁰² *Hoffmann-Riem* (Fn. 11), 31 ff., 52 ff.; vgl. auch *Bumke* (Fn. 8), 3, der rechtstatsächlich-institutionelle Erkundungen (u.a. universitäre Ausbildung und Referendariat, Instanzenzug, Orientierung an den obersten Gerichtshöfen) als Bedingungen und Einflussfaktoren der rationalen Rechtsentscheidung aufführt.

²⁰³ So etwa *Hassemer* (Fn. 179), 13 ff.; *Hassemer* (Fn. 133), 267 f.; vgl. *Bumke* (Fn. 8), 27 f. m.w.N.

Entscheidungstheorien über tatsächlich vorhandene Wahlmöglichkeiten aufklären kann.²⁰⁴

Letztlich können Rechtsfindungsmethoden und Begründungsanforderungen nur gemeinsam die Verlässlichkeit der richterlichen Entscheidung hinreichend gewährleisten.²⁰⁵ Eine Rangfolge der Auslegungskriterien, welche die Herstellung und Darstellung der richterlichen Entscheidung sinnvoll rationalisieren kann, gibt es hingegen nicht.

²⁰⁴ Siehe *Schneider* (Fn. 8), passim.

²⁰⁵ Vgl. *Buchwald* (Fn. 37), 29 ff. mit einer Theorie der rationalen juristischen Begründung; ähnlicher Ansatz bei *Garrn* (Fn. 191), S. 27 ff.