

## **Studienbogen 7 a**

### **§ 4 Zur Theorie der Rechtsfindung im gewaltenteilenden Staat**

#### **I. Überblick über die vier Stufen der Rechtsgewinnung**

#### **II. Historische Rechtshermeneutik als erste Stufe (s. näher Studienbogen 7 b)**

1. Möglichkeiten und Grenzen eines rein heteronomen Verstehens (praktische Gewissheit statt theoretischer Eindeutigkeit; alltägliche statt privatsprachliche Sachverhalte; dokumentierte Binnenkommunikation der Gesetzgebungsorgane anstelle fortdauernder Rückfrage-Kommunikation)
2. Einzelheiten zur historischen Auslegung (Art und Bedeutung des zur Falsifikation der Deutungshypothesen verfügbaren Materials; die sog. Andeutungstheorie; die Konsequenzen eines non liquet)
3. Grammatische ("alltagssemantische"), subjektiv-systematische und i.e.S. historische Auslegung als die drei Sprossen der ersten Stufe (Hof-Kern-Ansatz und das Problem der Vagheit und Porosität der Umgangssprache; das Erkenntnisziel der subjektiv-systematischen Auslegung; historische Auslegung i.e.S. und ihre Kritik in der sog. objektiven Auslegung und der Rspr. des BVerfG - 1, 127, 312; 8, 307; 10, 244; 11, 130 f. u.ö.)
4. Rangordnung der Auslegungsstufen und -sprossen oder Zirkelschluss? Die Redewendung vom "Willen des Gesetzes" als Ausdruck des Methodensynkretismus und ihre verfassungsrechtliche Bedeutung

#### **III. Szientistische Werterkenntnis als zweite Rechtsgewinnungsstufe**

1. Positionen der Metaethik (Naturalismus, Emotivismus, Intuitionismus und Nonkognitivismus); Gefahr des naturalistischen Fehlschlusses
2. Szientistische Inseln und Brücken: Grundbedingungen des menschlichen Soziallebens (vor allem: die ökologische Illegitimität der modernen Rechtsordnungen der Verschwendungsgesellschaften), deduktive Logik, Analyse des empirischen Sachgehalts im Rahmen von Zweck-Mittel-

Reduktionen (sog. Natur der Sache oder sachlogische Strukturen; Bsp. Piranhafall); geschichtlicher Evidenzkonsens

#### **IV. Rational-dezisionistisches Werturteil als dritte Stufe**

1. Die drei Formen der entnormativierenden Konkretisierung, der freien Rechtsschöpfung und der Wertabwägung
2. Die Verknüpfung von szientistischer und dezisionistischer Argumentation; die szientistische Einengung des Dezisionsspielraumes am Beispiel des § 242 StGB
3. Die prinzipielle Begrenztheit der im konkreten Fall relevanten Topoi; die Vermischung empirischer und normativer Argumente; Regeln und Prinzipien; klassifikatorische, komparative und Typus-Begriffe; sachlogische Strukturen und Natur der Sache auf der dritten Stufe
4. Politische Implikationen des Dezisionsspielraumes; das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung
5. Beispiel zur Erläuterung der Rechtsfindungstheorie s. Studienbogen 7c, für die typologische Rechtsfindung s. Studienbogen 7d

#### **V. Justitielle Gesetzesderogation als vierte Stufe**

1. Heimliche Rechtsfortbildung contra legem im Rahmen der sog. objektiven Auslegung
2. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 34, 269 ff.; 65, 182 ff.; 71, 354 ff.)
3. Die Formel vom "Rechtsnotstand"
4. Verfassungskonforme Auslegung (Beispiel BVerfGE 112, 332 zu § 2333 BGB) Schaukeltheorie (Theorie der Wechselwirkung –BVerfGE 7, 198, 208 u. st.- und der „Schranken-Schranken“) und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „Rechtsfortbildung kleiner Münze“: Variation statt Kassation
5. Einschränkung auf verfassungsrechtliche Derogationsgründe ?

#### **VI. Spezialprobleme**

1. Lücke im Gesetz oder rechtsfreier Raum
2. Die Idee der „einen einzigen richtigen Lösung“ und Dworkins Traum vom „juristischen Herkules“