

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 „Schraken-Schraken“) 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“