

NORBERT LESER

DER STELLENWERT DER JURISTISCHEN HERMENEUTIK IM RAHMEN DER HERMENEUTISCHEN GESAMTERKENNTNIS

Wenn man Hermeneutik, einen Begriff, der als gräzisiertes Kunstwort geschaffen wurde, um die Lehre vom Verstehen, das selbst eine Kunst darstellt, zu bezeichnen, im modernen Sinne als mehr denn als bloßes Verstehen begreift und den Prozeß der Auslegung als den umfassenderen als für sie konstituierend ansieht, erscheint es, um das Wesen der spezifisch juristischen Hermeneutik zu erfassen, zunächst notwendig, sich einen Überblick über die Gesamtheit des hermeneutischen Kosmos zu verschaffen, um den Stellenwert der juristischen innerhalb der Hermeneutik überhaupt bestimmen zu können. Es gibt grundlegende Beschaffenheiten der Hermeneutik, die für alle ihre Zweige zutreffen, so daß sich die juristische Hermeneutik zwar in gewisser Weise von den anderen hermeneutischen Disziplinen und Anwendungsbereichen abhebt, auf der anderen Seite aber in den umfassenderen Zusammenhang hermeneutischer Gesamterkenntnis einfügt. Im besonderen sind es sich aufdrängende triadische Relationen und Strukturen, die für alle Formen der Hermeneutik gelten, in jeder Sphäre aber spezifisch abgewandelt und angewendet werden müssen.

Die grundlegendste triadische Relation, mit der wir es im hermeneutischen Prozeß und in der Hermeneutik als der wissenschaftlichen Verfolgung dieses Prozesses zu tun haben, ist die zwischen dem sendenden Subjekt, das eine Botschaft, welcher Art auch immer und in welcher Form immer, ergehen läßt, dem empfangenden Subjekt, das die Botschaft aufnimmt und für sich behält oder im Regelfall weiterleitet, und der Objektivation, mit deren Hilfe sich die Kommunikation zwischen dem ursprünglichen und dem angesprochenen Subjekt vollzieht. Ob es sich um eine unmittelbare mündliche Mitteilung im Medium der Sprache oder um ein Kunstwerk, das über Zeit und Raum hinweg weiterwirkt, handelt, in jedem Falle schiebt sich eine Objektivation, die der Auslegung bedürftig und fähig ist, zwischen das sendende und empfangende Subjekt. So auch im Fall der juristischen als einem Spezialfall der allgemeinen Hermeneutik: das sendende Subjekt ist der Gesetzgeber, der der Einfachheit halber als Subjekt aufgefaßt wird, auch wenn es sich tatsächlich um ein aus verschiedenen Individuen zusammengesetztes Kollektivorgan handelt, das empfangende der

Normadressat, bzw derjenige, der die Rechtsnorm anzuwenden oder zu interpretieren hat; die Objektivation, die die Verbindung zwischen den beiden Polen der juristisch-hermeneutischen Vorganges herstellt, ist die Rechtsnorm, die als gesetztes Recht oder als Gewohnheitsrecht eine dem individuellen Anwendungsfall vorhergehende und vorgelagerte Größe darstellt.

Die zweite fundamentale Relation, die den hermeneutischen Prozeß charakterisiert, ist die Trias von materiellem Substrat, sinnhaltiger Form und geistiger Botschaft, die durch diese Medien vermittelt wird. Auch hier läßt sich diese allgemein zutreffende Gesetzmäßigkeit mühelos auf die juristische Sphäre transponieren. So ist das materielle Substrat als die Grundlage, auf der die sinnhaltige Form aufruft und durch die sie wirksam wird, bei Rechtsdenkmälern und -altertümern etwa ein Stein oder eine Tafel, die sinnhaltige Form sind die eingeritzten Inschriften, bzw Buchstaben, die eine bestimmte Botschaft übermitteln. In der modernen Rechtswirklichkeit ist in der Regel das Papier des Gesetzblattes, in dem ein Urteil oder Bescheid ausgefertigt wird, das materielle Substrat, die sinnhaltige Form besteht gewöhnlich aus gedruckten Buchstaben, die den eigentlichen Inhalt enthalten und verständlich machen sollen. Freilich wird das Recht auch in seiner modernen Erscheinungsform nicht ausschließlich, wenn auch überwiegend, durch gesetzte und publizierte Normen wirksam, vielmehr gibt es neben dem und historisch vor dem gesetzten Recht den Stoff des Gewohnheitsrechtes, das sich wieder aus Gebräuchen und Gewohnheiten, die im Laufe der Zeit im Rechtsbewußtsein ausgeübt wurden und Rechtsqualität gewannen, herausgebildet hat. Deshalb ist auch eine andere Einteilung und triadische Relation von Bedeutung für die juristische Hermeneutik, die der verschiedenen Qualifikationen und Erscheinungsformen der sinnhaltigen Form, innerhalb derer zwischen den apophantischen Ausdrucksformen, die Kunstwerke wie Gedankengebilde umfassen, semantisch-mitteilenden Symbolen, Zeichen und Fragmenten sowie schließlich Geräten und Strukturen des praktischen Lebens unterschieden wird. Es versteht sich von selbst, daß die Hauptmasse des Rechts in die erste Kategorie fällt, da das gesetzte Recht unter diesem Gesichtspunkt ein Spezialfall eines sprachlich übermittelten Gedankengebildes ist. Es ist aber gerade im Hinblick auf das Gewohnheitsrecht klar, daß auch die dritte Kategorie der Geräte und Strukturen des praktischen Lebens für die juristische Hermeneutik ergiebig ist. Aber auch die zweite Kategorie der semantisch mitteilenden Symbole ist, besonders für die Rechtsgeschichte und die historische Auslegung, von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

Hat die juristische Hermeneutik alle bisher angedeuteten Relationen mit der allgemeinen Hermeneutik gemeinsam und wandelt sie diese nur in spezifisch juristischer Form ab, so hebt sich die juristische Hermeneutik doch von den anderen Spielarten der Hermeneutik ab, wenn es um die ebenfalls triadisch strukturierte Phänomenologie des erkenntnisleitenden Interesses, um die Motivierung des spezifischen Zuganges geht. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die juristische Hermeneutik von der auf bloßes Verstehen abgestellten, wie sie etwa bei der Interpretation eines philosophischen Textes oder bei der Betrachtung eines Werkes der bildenden Kunst vorherrscht, aber auch von der nachbildenden Interpretation, die, sei es als Übersetzung oder als Präsentation eines dramatischen oder musikalischen Werkes, eine bestimmte Vorlage in eine andere Sphäre überträgt und verpflanzt. Zum Unterschied von diesen Formen der Auslegung ist die spezifisch juristische nicht auf bloßes Verstehen und Übertragen gerichtet, weil schon die Objektivation, mit der es der Jurist zu tun, ja die er anzuwenden und auszulegen hat, von grundsätzlich anderer Qualität ist als der philosophische

Text oder das Kunstwerk. Denn während sich Texte und Kunstwerke, bzw deren Schöpfer damit begnügen, verstanden und betrachtet zu werden, treten die Normen bzw. der sich in ihnen manifestierende Wille, mit dem Anspruch auf Befolgung auf und verleihen diesem Anspruch zum Unterschied von der Moral, die in der Regel keine Zwangsgewalt zu ihrer Durchsetzung hat, auch durch die Androhung, bzw Verhängung des Zwanges Nachdruck. Freilich ist dieser Gegensatz kein absoluter und lückenloser: auch ein philosophischer Text, bzw ein Philosoph können mit dem Anspruch, nicht bloß verstanden und gelesen, sondern auch gelebt und nachgeahmt zu werden, auftreten. Aber erstens kann sich dieser normative Anspruch naturgemäß nur auf jenen Teil der Philosophie, der moralische Imperative und Maximen zum Inhalt hat, beziehen und zweitens fehlt auch in dem Falle, daß ein Philosoph in einem bestimmten Teilbereich mit normativen Anspruch auftritt, die Verbindlichkeit, die dem Befehl des Gesetzgebers innewohnt und die für ihn essentiell ist, während sie in philosophischen und anderen Texten nur akzidentuell auftritt.

Um das Wesen der juristische Hermeneutik zu verstehen und von anderen Zweigen abzugrenzen, ist es zweckmäßig, einen Zusammenhang heranzuziehen, der sich nicht nur systematisch, sondern auch historisch anbietet: der Zusammenhang zwischen juristischer und theologischer Hermeneutik. Sowohl im Falle der juristischen als auch der theologischen Hermeneutik handelt es sich um ein normatives System, das der Auslegung bedarf, um wirksam werden zu können. Die spezifische Form der Wirksamkeit, die in beiden Fällen angestrebt wird, ist das „obedire“, dem kein bloßes „docere“, sondern ein „iubere“ gegenübersteht. In beiden Fällen ist es dem Selbstverständnis der beiden Disziplinen gemäß der Wille einer gebieterischen, dem Individuum essentiell überlegenen Autorität, der sich in Geboten und Verboten niederschlägt. Freilich sind nicht alle theologischen Aussagen Moralnormen, enthalten daher nicht mit derselben Selbstverständlichkeit und Ersichtlichkeit auf Befolgung gerichtete Anordnungen wie das Recht, aber man könnte zur Relativierung dieses Unterschiedes einwenden, daß auch die nicht unmittelbar als Moralnormen gedachten theologischen Aussagen insofern normativen Charakter haben, als sie im Hinblick auf die alles überragende Autorität des göttlichen Schöpfers und Urhebers Glauben und Anerkennung und insofern auch einen Willensakt verlangen, da der Glaube nicht aus bloßem Verstehen, sondern auch, ja zentral in der Unterwerfung unter die Wahrheit, also einem „obedire“ besteht. Insofern ist jede Exegese und jede Anpassung der heiligen Schriften auf das eigene Leben durchaus mit der Haltung, bzw konkreten Tätigkeit des Rechtsanwendenden, bzw Normadressaten vergleichbar. Freilich gibt es innerhalb dieser Gemeinsamkeit Verschiedenheiten, die sich aus der unterschiedlichen Natur der jeweiligen Normsatzes ergeben. So ergibt sich aus der Natur Gottes, der die heiligen Schriften inspiriert und uns zur Belehrung mitgeteilt hat, daß es sich nicht nur um eine alles überragende und inappellable Instanz handelt, sondern auch alle Exegese und Aszese den Wahrheitsgehalt der göttlichen Aussage und Beanspruchung nicht auszuschöpfen und zu erfüllen vermögen. Für die theologische Hermeneutik gilt der allgemeine hermeneutische Grundsatz, daß der Interpret die Objektivierung, ja den Urheber der Objektivierung selbst, besser zu verstehen vermag als dieser selbst, per definitionem nicht: angesichts der Fülle der göttlichen Weisheit bleibt jede theologische Bemühung, so legitim und unentbehrlich sie im übrigen auch ist, eine „docta ignorantia“ im Sinne des NIKOLAUS VON KUES, in diesem Falle fällt der „hermeneutische Überschub“, der in allen Objektivierungen waltet und sie ihrem Schöpfer enthebt, voll und

ganz auf den göttlichen Urheber zurück und bleibt ihm vorbehalten. Die juristische Hermeneutik unterscheidet sich von der theologischen dadurch, daß der Gesetzgeber, wenn auch mit überragender Autorität und Gewalt ausgestattet, ein irdischer ist, den die Rechtsanwendung sehr wohl zu übertreffen vermag, indem sie Fälle behandelt und einer Lösung zuführt, an die der historische Gesetzgeber nicht gedacht hat, die sich aber nichtsdestoweniger in die von ihm geschaffenen Normen einordnen und mit ihrer Hilfe lösen lassen. Es kann sich aber auch umgekehrt so verhalten, daß sich die Rechtsanwendung und Rechtsauslegung nicht auf der Höhe des vom Gesetzgeber Gemeinten bewegt oder auch deshalb hinter der Vorlage zurückbleibt, weil ein Teil der Fälle, die der Gesetzgeber regeln wollte, in der Lebenswirklichkeit nicht auftreten.

Jedenfalls ist die Parallelisierung bzw. Distanzierung von theologischer und juristischer Hermeneutik geeignet, beide Formen normativer Auslegung von anderen, nicht-normativen abzuheben, auf der anderen Seite kommt durch diese Gegenüberstellung auch der spezifische Charakter, der je verschiedenen Hermeneutik zum Ausdruck. „Gott und Staat“ waren und sind daher nicht erst für HANS KELSEN, sondern für viele juristische Denker vor ihm und wohl auch nach ihm eine Quelle des besseren Verständnisses der eigenen Disziplin.

Was nun das methodische Rüstzeug, dessen sich die Hermeneutik zur Erreichung ihrer Ziele bedient, anbelangt, so nimmt auch die juristische Hermeneutik das Instrumentarium des Methodenpluralismus für ihre Zwecke in Anspruch. Zunächst muß jeder Auslegung insofern eine Kritik und Prüfung der Quelle, die man durch die Auslegung erschließen will, vorangehen, als die Echtheit und Authentizität als Voraussetzung der Auslegung und der ihr nachfolgenden Einordnung und Bewertung festgestellt sein muß, daß es sich also um einen wirklichen Gesetzestext, um ein rechtsgültiges, wenn auch noch nicht rechtskräftiges Urteil und dgl. mehr handelt. Dann tritt die philologische Auslegung in Aktion, die den juristischen Text wie jeden anderen auch behandelt; die Ableitung des *intelligere* vom *legere*, des Verstehens vom Lesen, macht deutlich, daß sich der Sinn eines Textes nur im Kontext eröffnet und daß alle Regeln der grammatischen und syntaktischen Interpretation auch für die juristische Auslegung Gültigkeit haben. Die für Gesetzestexte und andere sprachliche Kundgaben juristischer Natur besonders wichtige philologische Interpretation wirft aber schon ein Problem auf, das über diese philologische Auslegung hinausweist und sie als ungenügend erkennen läßt. Das Bibelwort „Der Buchstabe tötet, der Geist aber ist es, der lebendig macht“ (2. Kor. 3,7) ist nicht nur für die religiöse Sphäre zutreffend, sondern gerade auch für die juristische, kommt es doch auch in ihr nach der *Maxime* „*ministri non litterae, sed spiritus*“ darauf an, nicht bloß den Buchstaben, sondern auch den Sinn einer Stelle oder Bestimmung zu erkennen. Die Erkenntnis dieses Sinnes aber ist nicht bloß mit den Mitteln der Sprachkritik zu lösen, sondern bedarf der Ergänzung durch Rekurs auf die Einheit des Ganzen, von der sich die Teile herleiten. So geht jede Auslegung, die sich an die Einzelbestimmung klammert und sie nicht im Gesamtzusammenhang des Gesetzes und der gesamten Rechtsordnung deutet, leicht in die Irre. Ja auch der Rekurs auf die Rechtsordnung ist oft ungenügend, um zu einer richtigen Auslegung zu gelangen, - wobei *interpretatio* und *applicatio* im juristischen Bereich insofern ineinander übergehen, als jede Rechtsanwendung stets auch Rechtsauslegung voraussetzt, ja sie ist Auslegung, so wie KELSEN mit Recht in seiner „Reinen Rechtslehre“ immer wieder den schöpferischen Aspekt der Rechtsanwendung betont, die sich nicht in der Subsumtion unter einen Tatbestand und in der bloßen Vollziehung vorgegebener Normen erschöpft. Ebenso muß man auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze,

die Dogmatik und Systematik des Rechts kennen und zur Geltung bringen. Die philologische Auslegung bedarf daher auch der technisch-morphologischen Ergänzung und Vertiefung. Doch auch die Verfeinerung der Analyse durch technisch-strukturelle Momente hebt nicht eine hermeneutische Spannungslage auf, die auch der juristischen Hermeneutik nicht erspart bleibt: der Spannung zwischen der Eigenständigkeit des Objektes, bzw Immanenz des hermeneutischen Maßstabs auf der einen und der Aktualität des Verstehens und des empfangenden Subjekts auf der anderen Seite. Die Rechtsfortbildung als Rechtsauslegung und Rechtsanwendung hat nämlich nicht nur die Aufgabe, das Gesetz oder eine andere Norm, so wie sie ursprünglich konzipiert und gedacht war, zu erkennen und mechanisch in die Gegenwart zu übertragen, sondern die Norm so zu interpretieren und anzuwenden, daß sie nicht nur in die Gesamtheit der Rechtsordnung und der sie umgebenden Kulturordnung, sondern in die Gegenwart überhaupt paßt. Wohl ist es Aufgabe des Gesetzgebers, das Recht dort, wo es ihm nicht mehr zeitgemäß und praktikabel erscheint, zu ändern und durch ein neues zu ersetzen, und diese Aufgabe soll und darf ihm im Prozeß der Auslegung und Anwendung nicht abgenommen werden. Doch ebenso richtig ist, daß die Rechtsprechung die Aufgabe hat, das Recht an die Gegenwart und an das Subjekt, das das Recht verstehen will und von ihm betroffen wird, heranzuführen. Gäbe es nicht diese Rechtsfortbildungspraxis der Rechtsprechung, blieben Phänomene wie das Eintreten der *desuetudo* bei einer Strafbestimmung oder die Herausbildung „toten Rechts“ unverständlich und unzulässig. Doch auch im juristischen Alltag findet, auch wenn es nicht zu so extremen Formen der Abstoßung und Aushöhlung des Rechts kommt, laufend eine Auslegung statt, die, auch ohne die Absicht zu verfolgen, den Gesetzgeber zu korrigieren, doch verändernd und gestaltend wirkt und eingreift. Schon der altrömische Rechtsgrundsatz „*cessante ratione lex ipsa non cessat*“ weist darauf hin, daß das Gesetz weitergilt und angewendet werden muß, auch wenn die Zwecke, die der historische Gesetzgeber mit seiner Norm verfolgt hat, weggefallen sind und sich die *ratio legis* unter Umständen in ihr Gegenteil verkehrt hat. Die *ratio legis*, die es in jedem Fall zu ermitteln gilt, wenn man nicht am Buchstaben haften bleiben will, ist eine den Gesetzestext erst auslegungsfähig machende Größe. Die aber nicht mit der *ratio* des historischen Gesetzgebers identisch sein muß, sondern sich durchaus von ihr emanzipieren kann, wenn der Gesamtzusammenhang der inzwischen erfolgten Rechtsfortbildung eine solche Emanzipation verlangt.

Freilich darf daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß die Anwendung der historischen Methode der Interpretation im juristischen Bereich gänzlich überflüssig und unzuständig ist. Dies ist keineswegs der Fall. Denn so richtig es ist, daß das Gesetz unter Umständen auch gegen den historischen Gesetzgeber gelten lassen muß, wenn es der seither eingetretene Wandel erfordert, so wichtig ist es auf der anderen Seite, den Willen und die Intention des historischen Gesetzgebers zunächst einmal zu ermitteln und so lange als möglich diesem ermittelten Willen gemäß auszulegen und anzuwenden. Zur Ermittlung dieses Willens ist es unter Umständen auch nützlich und notwendig, die in der juristischen Hermeneutik sonst wenig praktikable Methode der psychologischen Auslegung, die in allen biographisch und künstlerisch orientierten Formen der Hermeneutik eine große Rolle spielt, heranzuziehen. So ist es bei einer Herrscherpersönlichkeit, die zugleich als Rechtsschöpfer in Erscheinung tritt, aber auch bei einer Einzelpersonlichkeit, die als Berater oder Kodifikator eine hervorragende Rolle beim Zustandekommen einer Norm gespielt hat, wichtig, de-

ren Eigenart und Sprachgebrauch herauszuarbeiten, um den Sinn einer bestimmten Gesetzesstelle zu verstehen und anwenden zu können. Doch wenn sachliche Gründe, die in der Aktualität des Verstehens und im Wandel der Rechtsordnung begründet sind, dagegen sprechen, kann und soll der Boden der historisch zutreffenden Auslegung zugunsten einer sachgerecht-zeitgemäßen verlassen werden. Vielleicht läßt sich die Spannungslage, in der sich die juristische Auslegung befindet, auf die Formel bringen, daß man den Willen und die Intentionen des historischen Gesetzgebers suchen und ernst nehmen muß, daß man ihn aber verlassen darf und nicht bei ihm stehenbleiben soll, wenn überwiegende sachliche Gründe für eine solche Emanzipation sprechen. Freilich haftet dem Recht und seiner Fortbildung aus guten Gründen eine konservative Funktion an, die zum konservierenden Auftrag der Rechtsordnung paßt und die gemeinsam bedeuten, daß die Vermutung bis zum Beweis des Gegenteils für die Erhaltungswürdigkeit der tradierten Norm und Auslegung spricht.

Es versteht sich eigentlich von selbst, verdient aber an dieser Stelle noch angemerkt und erinnert zu werden, daß die historische Methode für die Rechtsgeschichte eine vorrangige Bedeutung hat, aber die Rechtsgeschichte ist eben doch mehr ein Spezialfall der historischen Wissenschaft überhaupt und ist nur durch ihr Objekt der juristischen Sphäre angenähert, betrachtet das vergangene Recht aber nicht unter dem Gesichtspunkt der Anwendung und Fortbildung, sondern der Auslegung im nicht-normativen Sinne des Verstehens. Freilich kann es auch hier Überschneidung und Synkretismen geben, so wenn z. B. ein Gesetzbuch aus einem anderen Lande im eigenen eingeführt und so zum innerstaatlichen Recht wird. In diesem Falle ist die Spannungslage zwischen dem Kanon der Immanenz des Objektes und der Aktualität des Verstehens besonders groß und schwer zu einer Einheit zu verschmelzen.

Die juristische Auslegung ist, nicht nur in Form der rechtshistorisch orientierten Hermeneutik, keine bloße Textauslegung, sondern erstreckt sich schon im Hinblick auf die Bedeutung des Gewohnheitsrechts, auch auf menschliches Verhalten, das etwa als konkludentes Verhalten bei einem Vertragsabschluß oder einem sonstigen rechtlich relevanten Lebensvorgang, in die Auslegung einbezogen werden muß. In diesem Zusammenhang kommt auch wieder die in der juristischen Hermeneutik sonst zurücktretende psychologische Auslegung ins Spiel. Für Texte wie für Denkmäler, Spuren und Verhaltensweisen, kurzum für alle uns entgegentretenden Phänomene gilt der Grundsatz der Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit, da fast alle uns begegnenden Phänomene mehrdeutig sind und der Grundsatz „in claris non fit interpretatio“ selten zur Geltung kommt. Die Mehrdeutigkeit, die besonders dem menschlichen Verhalten eigen ist, aber auch für Texte und Kunstwerke gilt, sichert der Auslegung einen Spielraum, den sie auch im Interesse der Sache ausschöpfen muß. Dabei muß sich gerade der Jurist um eine leidenschaftslose Zuwendung zu den auszulegenden Objekten bemühen und Liebe und Haß, die sonst mächtige, blind und sehend machende Antriebskräfte der Auslegung sind, nach Möglichkeit ausschalten, steht doch die juristische Tätigkeit nicht nur unter der aller Hermeneutik gemeinsamen Spannung zwischen Immanenz des Objekts und Aktualität des Subjekts, sondern unter dem besonderen Auftrag und Anspruch, nicht nur Recht zu sprechen und auszulegen, sondern auch Gerechtigkeit zu schaffen. Das Besondere der juristischen Hermeneutik ist die Pflicht, der Norm Genüge zu tun, gleichzeitig aber der Gerechtigkeit, die nun einmal die Zentralidee des Rechtes die Sonne ist, ohne die alles juristische Tun verkümmert und verkommt, zu dienen, daher im Zweifel jener Auslegung den Vorzug zu geben, die auch unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten, die durch die bloße Norm oft nur ungenügend wahrgenommen werden, stand-

hält. Der Ermessensspielraum und der Strafraumen, die die Rechtsordnung in vielen Fällen einräumen, sind Beispiele für das Eingeständnis, daß es ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht möglich ist, zu einer Entscheidung zu gelangen, die nicht nur recht, sondern auch billig ist. Der Begriff der Billigkeit gemahnt wie das Institut der Begnadigung, das Gnade vor Recht ergehen läßt, an die Unvollkommenheit des Rechtes an die Gefahr, gerade bei buchstäblicher Anwendung des Gesetzes ungerecht zu werden. Der römische Grundsatz „*summum ius, summa iniuria*“ umschreibt eine Problemlage, für die es keine einfache Abhilfe gibt, sondern mit der das Recht und auch die juristische Hermeneutik leben müssen, der sie sich aber auch bewußt bleiben müssen, wenn sie ihre eigentliche Aufgabe, nicht nur Wahrheit zu erkennen, sondern auch Gerechtigkeit zu schaffen, nicht verfehlen wollen.

Zur Abrundung dieser Ausführungen über juristische Hermeneutik erscheint es angezeigt, auf sie schon bemühte Analogie zur Theologie zurückzugreifen und das Wesen der Rechtsordnung sowie der sie auslegenden Hermeneutik an Hand einer Rechtsmaterie zu erläutern, die ihrer Natur nach eine Mittelstellung zwischen Theologie und Jurisprudenz einnimmt und daher in der Lage ist, die kritischen Punkte des hermeneutischen Prozesses und Gefüges zum Vorschein zu bringen: und zwar ist es das Kirchenrecht der katholischen Kirche, das auch einiges Licht auf die Problematik der Rechtsordnung insgesamt wirft.

Wenn „Gott und Staat“ zum Vergleich herangezogen wurden und werden, entpuppt sich der irdische Staat, der so etwas wie ein irdischer Gott zu sein beansprucht, als vergleichsweise sterblich und unvollkommen. Der Staat hat mit der Vorstellung Gottes die Zeitlosigkeit und Allgegenwart, die Allmacht und Souveränität, gemeinsam, aber doch nur prinzipiell und nicht empirisch-konkret. Denn die irdischen Reiche sinken, auch wenn sie vom Anspruch her auf Dauerhaftigkeit angelegt sind, früher oder später in Staub und Asche, und auch die Allmacht ist, nicht nur wie im Fall Gottes durch die menschliche Freiheit, sondern auch durch die faktische Unfähigkeit zur Durchsetzung des gesetzgeberischen Willens, begrenzt. Die Rechtsordnung ist zwar prinzipiell allzuständig - nicht im Sinne der Logik eines totalitären Staates, sondern gerade wenn man in diesem Punkte der Reinen Rechtslehre folgt, auch im liberalen Staat, weil rechtstheoretisch auch das im liberalen Staat größer als im totalitären geschriebene „Dürfen“ eine rechtliche, indirekt auch das freie menschliche Verhalten umfassende Kategorie ist - aber sie ist nie fertig, sondern immer unvollkommen. Die Rechtsordnung als menschliche Schöpfung bleibt stets hinter dem Anspruch der Allzuständigkeit und generellen Wirksamkeit, mit dem sie an sich auftritt, zurück. Die Rechtsordnung ist aber nicht lückenhaft, sondern auch fehlbar, ihr wird auch von der juristischen Lehre ein mehr oder großes „Fehlerkalkül“ (ADOLF MERKL) zugemutet.

Auch das Kirchenrecht, das seinem Anspruch und Selbstverständnis nach *divini iuris* ist und göttliches mit menschlichem Recht vereinigt, ist dieser prinzipiellen Unvollkommenheit alles Irdischen nicht enthoben, ja diese tritt in Kontrast mit seinem theologischen Anspruch und Hintergrund umso deutlicher zu Tage. Da die Kirche keine bloße Liebesgemeinschaft mehr ist, wie es die christliche Urgemeinde noch gewesen sein mag, und noch keine himmlische Gemeinschaft der Heiligen, bedarf sie des Rechtes, das im Gegensatz zur These des großen Kanonisten und Romanisten RUDOLF SOHM (SOHMsche These) notwendig ist, und sie nicht, wie Sohm meinte, als bloße Liebesgemeinschaft existieren kann.

Der richtige Kern der SOHM'schen These ist jedoch, daß das Recht für die Kirche immer nur ein Notbehelf sein kann, viel mehr als das staatliche Recht, das zwar auch eine menschliche Veranstaltung zur Vermeidung von Übeln und Heilung von Gebrechen ist, das aber den Konflikt zwischen Recht und Gerechtigkeit viel leichter aushalten kann als den zwischen Gehorsam und Liebe, zwischen göttlicher Unvollkommenheit und menschlicher Unzulänglichkeit, die das Kirchenrecht als Spannung durchzieht. Die Ungerechtigkeit und Fragwürdigkeit, der auch das Kirchenrecht und der es Anwendende nicht entgehen, fällt nicht auf Gott, sondern auf den Menschen zurück, wächst aber jedenfalls mit dem ontologischen Abstand. So ist das Kirchenrecht zwar in gewissem Sinne von höherer Qualität als das irdische Recht der Staaten, es trägt dafür aber noch schwerer an der Last der Diskrepanz, die im staatlichen Recht entschieden kleiner ist. Jedenfalls läßt sich - *argumentum a maiori ad minus* - aus dem Kirchenrecht folgern, daß wenn schon ein Recht höherer Qualität Unvollkommenheiten und Diskrepanzen aufweist, dies umso mehr und eher für das menschliche Recht der Staaten gilt, das als unvollkommenes und unfertiges den Zustand der Schöpfung, die theologisch eine noch nicht vollendete und ans Ziel gelangte ist, repräsentiert.

Die Analogie zwischen theologischem Schöpfer und irdischem Gesetzgeber liegt auch darin, daß der Autor und Urheber in beiden Fällen ihr Geschöpf und die Schöpfung nicht sich selbst überlassen, sondern laufend in den von ihnen erzeugten und in Gang gesetzten Prozeß eingreifen. Die Lehre von der *creatio continua* besagt im Gegensatz zur Vorstellungswelt des Deismus, der zwar auch einen Schöpfergott annimmt, aber einen, der nach dem Schöpfungsakt nicht mehr in den Lauf der Welt eingreift, daß Gott die Dinge auch nach der Schöpfung aktiv im Sein erhält und nicht ins Nichts zurückfallen läßt. So zieht sich auch der irdische Gesetzgeber nach getaner Arbeit nicht zurück, sondern nimmt an der Rechtsfortbildung, etwa im Wege der authentischen Interpretation, aber auch durch Schaffung neuer Gesetze, aktiv teil. Freilich sind der direkte Eingriff und die Korrektur von oben nicht der Regelfall, im großen und ganzen überläßt Gott dem Menschen die Führung seines Lebens und der Dinge und bedient sich, wie vor allem THOMAS V. AQUIN ausgeführt hat, der „*causae secundae*“, der scheinbar selbständigen und spontanen Äußerungen und Manifestationen der Natur, um seinen Willen durchzusetzen. Doch ist es umgekehrt nicht so, daß Gott der Wunder bedarf, um der Natur seinen Willen aufzuzwingen, indem er ihre Gesetze durchbricht, auch die regelmäßigen und die zufälligen Hervorbringungen der Natur sind verhüllte Kundgaben und Offenbarungen des göttlichen Willens. Die freiwillige Unterwerfung Gottes unter die von ihm geschaffenen Naturgesetze wird im staatlichen Bereich mit der „Selbstbindung des Gesetzgebers“ an die von ihr erzeugten Normen parallelisiert. Das Zusammenspiel zwischen menschlicher Freiheit und göttlicher Providenz in Form des *concursum divinum* ist eines des dunkelsten und schwierigsten Kapitel der spekulativen Theologie und keine Theologie kann dieses Geheimnis auflösen, wohl aber bezeichnen und umschreiben. Die Jurisprudenz braucht vor dem Problem der notwendigen Unvollkommenheit des Rechts nicht die Augen zu verschließen, sie darf aber auch nicht resignieren und kapitulieren, und darf sich auch nicht wie die Theologie mit der Einsicht der letzten Unergründlichkeit des ihr aufgegebenen Gegenstandes zufriedengeben. Die Jurisprudenz braucht sich bei aller Anerkennung ihrer Grenzen nicht als „*docta ignorantia*“ zu verstehen, sondern muß sich der lösbarer Aufgabe stellen, die Rechtsordnung nicht nur zu begreifen, sondern auch optimal zu handhaben. Freilich stößt auch die irdische Ordnung bei dem Bestreben, nicht bloß Recht,

sondern auch Gerechtigkeit zu schaffen, an Grenzen und Antinomien, im übrigen aber sind ihre Probleme rational einsichtig und lösbar.

Ein wesentliches Mittel, der Unvollkommenheit der Rechtsordnung entgegenzuwirken und sie immer wieder der Vollendung näherzubringen, ist nun die Rechtsfortbildung, in deren Rahmen auch die Rechtsauslegung einen wichtigen Rang einnimmt. Die Auslegung ist ein Mittel, um die Norm lebendig zu erhalten, um die abstrakte Norm in der jeweiligen Wirklichkeit *hic et nunc* zu konkretisieren. Neben der Rechtsprechung tragen auch die juristische Lehre, die Gutachten und Rechtsberatungen zuständiger und beratender Organe, zum Prozeß der Rechtsfortbildung bei. Die doppelte Aufgabe, die jeder Rechtsauslegung gestellt ist, ist die, zuerst die ursprüngliche Aussage und Wertung der als Entscheidungsgrundlage herangezogenen Norm zu ermitteln, dann aber in einem zweiten Schritt die zusätzliche Wirkung, die seit Erlassung der Norm eingetretene Veränderung, zu berücksichtigen. Dabei läßt sich häufig ein Sinnwandel feststellen, der die Norm verändert und auch gebrauchsfähig für die Gegenwart macht. Eine interessante und folgenreiche Form des Sinnwandels ist die, die durch Rückwirkung von Normen entsteht, die zur ursprünglichen Norm hinzutreten sind und auf diese Art auch ihren Anwendungsbereich verändert haben. Der große österreichische Staatstheoretiker und Soziologe KARL RENNERT hat in seiner schon 1904 erschienenen Schrift „Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders des Eigentums“, die noch unter dem Pseudonym Dr. J. KARNER erscheinen mußte, und die 1929 in einer überarbeiteten und erweiterten Fassung unter dem Titel „Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion“ herauskam, ausgeführt, wie das ursprüngliche Vollrecht des Eigentums durch Hinzutreten von Konnexinstituten, wie Servituten und staatlichen Beschränkungen, bei formell unverändertem Weiterbestehen der Norm, in seiner praktischen Wirksamkeit so beschränkt wurde, daß es nur mehr einen Schatten seiner ursprünglichen Größe darstellt. Juristische und soziologische Veränderungen greifen ineinander und bedingen einander, führen aber jedenfalls zu einer Änderung der Rechtswirksamkeit, zu deren Gestaltung die Auslegung wesentlich beiträgt.

Die Normen der Rechtsordnung und die ihnen nachfolgende Auslegung haben die Funktion und Aufgabe, die Rechtsordnung handhabbar zu machen und funktionsfähig zu erhalten. Diese Funktion und Aufgabe sind unabhängig davon zu erfüllen, wie sich die Rechtsordnung selbst versteht, bzw wie sie von der Auslegung erster und zweiter Ordnung, der Rechtsanwendung und deren Kommentierung, verstanden wird, wenn dieses Verständnis auch modifizierend auf den Rechtserzeugungs-, Rechtsanwendungs- und auslegungsprozeß einwirkt. Denn im Grunde hat jede Rechtsordnung, wie verschieden sie auch inhaltlich gestaltet sein mag, zunächst einmal und in erster Linie zu funktionieren, ist doch die regelmäßige Wirksamkeit - jedenfalls nach der „Reinen Rechtslehre“ - die Bedingung der Geltung und nicht umgekehrt. Ob sich das Recht als göttliche Stiftung oder bloß menschliche Satzung, ob es sich autoritär oder liberal begreift, in jedem Falle hat die Rechtsordnung durchaus ähnliche Techniken anzuwenden und vergleichbare Funktionen wahrzunehmen.

Das Recht sieht sich auch - ähnlich der Theologie und dem Kirchenrecht - mit einem „Stufenbau der Rechtsordnung“, mit einem System hierarchischer Über- und Unterordnung, konfrontiert und hat mit dem Problem der normgemäßen Anwendung und Übersetzung der höheren Norm in die niedere Sphäre zu ringen, nicht bloß praktisch, sondern auch

theoretisch. Die Frage, die im Einzelfall zu prüfen ist, geht dahin, ob der Gesetzgeber die Verfassungsnorm, der Richter oder Verwaltungsbeamte das Gesetz, die Verordnung, das Exekutivorgan den Bescheid, bzw Urteil rite und recte angewendet und vollzogen hat. Jede Rechtsordnung sieht zum Schutz und zur Durchsetzung der Gesetze Korrekturmöglichkeiten, wie die Rechtsmittel und die Anfechtungen aller Art, vor. Siê alle aber sind keine erschöpfenden Mittel, um das Recht in Gang zu halten und lebensfähig zu gestalten, der Auslegungsvorgang im engeren Sinne ist vielmehr ein Moment, das die Rechtsanwendung begleitet und reflektiert, ohne deren Präsenz und Wachsamkeit siê der notwendigen Impulse ermangelte. In der theologischen Exegese liegt das analoge Problem darin, den göttlichen Willen und Offenbarungsgehalt aus der Rede, bzw dem Text des menschlichen Verfassers und Berichterstatters zu erschließen, von diesem auf jenen zurückzugehen. Auch die Rechtsauslegung hat in ihrem Rahmen darüber zu wachen, daß sich die die höhere Normen Anwendenden nicht von den siê fundierenden Voraussetzungen entfernen, sondern ihnen entsprechen.

So rundet sich das Bild der Auslegung dahin ab, daß siê ein der Rechtsordnung essentiell anhaftender, von ihrem Gebäude und Vollzug nicht abtrennbarer Vorgang ist, mit dessen Hilfe das Recht erst die zu seiner Wirksamkeit indispensable Elastizität und Flexibilität erhält und bewahrt.