

Einige Grundüberlegungen zur Methode der Rechtsfindung

A few basic considerations on the method of finding the law

Jochen Bung

translated by Duncan Kerr

Abstract

Der Beitrag versucht zu verdeutlichen, warum es in Ordnung ist, von Rechtsfindung, Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung zu sprechen. Bedenken gegenüber diesem Sprachgebrauch sind in der Folge ontologieskeptischer Annahmen artikuliert worden, die Zweifel am Realitätsgehalt der genannten Begriffe anmelden. „Rechtsontologie“ wird in bestimmten Pointierungen dieser Skepsis als Knock-down-Argument eingesetzt. Dafür gibt es aber keinen Grund. Bereits in ihrer Aristotelischen Fassung geht Ontologie nicht einfach so aufs Seiende, sondern auf dasselbe, insofern es als solches ansprechbar ist. Das stellt klar, dass es nichts gibt, was sich unabhängig von unseren bedeutungshaltigen Operationen ausmachen lässt, also etwa Operationen jener für den Umgang mit dem Recht charakteristischen Art, die man traditionell Auslegung nennt. Der Beitrag macht geltend, dass die systematische Darstellbarkeit dieser Operationen etwas begründet, was man ohne schlechtes Gewissen als Rechtswirklichkeit bezeichnen kann. Dass sich diese Wirklichkeit wandelt, ist als Einwand gegen die Rechtsontologie ein ursprungsphilosophisches Missverständnis. Es enthält auch die Gefahr einer neuen Mythologie, eines Rechtsirrationalismus, dem die „Welt des Wandels“ als letzter Bezugspunkt und als letzte Weisheit gilt. Gegen solche und ähnliche Weisheiten möchte der Beitrag mit einer gewissen Emphase und im wortwörtlichen Sinne für den Buchstaben des Gesetzes eintreten.

*

Abstract

The contribution attempts to illustrate why it is appropriate to speak of finding, recognising and application, or applying, of the law. Reservations have been articulated about this use of language as a consequence of ontologically sceptical assumptions, which raise doubts as to the level of reality contained in these terms. "Legal ontology" is used as a knock-down argument in certain pointed aspects of this scepticism. However, there is no reason to do so. As early as its Aristotelian version, ontology does not simply refer to being, but being in so far as it can be referred to as such. This makes it clear that there is nothing that can be determined independently of our meaning-entailing operations, i.e., for example, the typical kind of operations for dealing with the law traditionally referred to as interpretation (Auslegung). The contribution argues that these operations' systematic capacity to be exposed provides a basis for something which, with a clear conscience, can be described as legal reality. To use the fact that this reality changes as an objection to legal ontology is an originalist philosophical misunderstanding. It also contains the danger of a new mythology, a legal irrationalism, for which the world of change is deemed to be the ultimate point of reference and wisdom. The contribution aims to make a case with a degree of emphasis, and in the literal sense, for the letter of the law against this and similar such pieces of wisdom.

*

Vielleicht zunächst ein paar erläuternde Bemerkungen zum Titel. Wenn hier von *Grundüberlegungen* die Rede ist, dann soll das eher formal als inhaltlich verstanden werden. Mit Blick auf einen bestimmten Gegenstand stelle ich ein paar Überlegungen an, die *in Bezug auf diesen Gegenstand* von einer gewissen Grundsätzlichkeit sind, so dass sie in der Hinsicht auf diesen Gegenstand als argumentative Basis für Aussagen in der Art einer Ableitung verwendet werden können. Ich behaupte also nicht, den Grund dieses Gegenstandes oder gar seinen Ursprung aufzuzeigen. Der Gegenstand ist die Methode der Rechtsfindung. *Methode* verstehe ich in keinem besonders anspruchsvollen oder technischen, also „methodologischen“ Sinn, sondern ganz allgemein als Antwort auf die Frage, wie man irgendwohin gelangt. Wenn der Gegenstand dieser Frage die *Rechtsfindung* ist, bedeutet Methode der Rechtsfindung eine Antwort auf die Frage, wie man dahin gelangt, das Recht zu finden. Insofern die *richterliche Entscheidungsfindung* als Hauptform der Rechtsfindung betrachtet werden kann, ist dieses Thema in der ursprünglichen Fragestellung enthalten.

I. *Rechtsfindung als Skandalbegriff*

Die Rede von Rechtsfindung wird weiterhin als naiv geschmäht und zum Teil sogar offen angefeindet. Vor einiger Zeit hat Walter Grasnack in einem Zeitungsartikel geschrieben: „Die Metapher von der Rechtsfindung schlägt immer wieder voll durch. Und verdirbt das Rechtsdenken [...]“¹. Die Rede von Rechtsfindung gehört für Grasnack zu einer Trias von „Leib-und-Magen-Metaphern der Juristen“², zu der, neben der Rechtsfindung, noch die *Rechtserkenntnis* und die *Rechtsanwendung* gehören. Unter

Perhaps I should start with a few explanatory comments on the title. If we're talking of *basic considerations*, then that is intended to be understood more in terms of form than content. I am putting forward a few thoughts in relation to a specific subject which are of a degree of fundamental importance *in relation to this subject*, so that they can be used with reference to this subject as a basis for arguing in favour of statements in the form of an inference. I do not therefore claim to demonstrate the basis of this subject, let alone its origin. The subject is the method of finding the law. I understand *method* not in any especially sophisticated or technical, i.e. methodological, sense, but instead quite generally as a response to the question of how one arrives somewhere. If the subject of this issue is *finding the law (Rechtsfindung)*, the method of finding the law means a response to the question of how one manages to find the law. To this extent judicial decision-making can be regarded as the principal form of finding the law, this topic is contained in the way the question was originally framed.

I. *Finding the law as a term of scandal*

Talk of finding the law continues to be disparaged as naïve and sometimes even treated with open hostility. A while ago Walter Grasnack wrote in a newspaper article: “The metaphor of finding the law is reasserting itself in a big way, and corrupting legal thinking [...]” (Die Metapher von der Rechtsfindung schlägt immer wieder voll durch. Und verdirbt das Rechtsdenken [...])¹. For Grasnack, talk of finding the law belongs to a trio of favourite lawyers' metaphors², which include, along with finding the law,

1 W. Grasnack, *Entschieden und entscheidend*, FAZ v. 5. August 2005, S. 38.

2 A.a.O.

1 W. Grasnack, *Entschieden und entscheidend (Decided and Decisive)*, Frankfurter Allgemeine Zeitung of 5 August 2005, p. 38.

2 loc. cit.

Bezug auf die Metapherntheorie von Donald Davidson³ argumentiert Grasnick, dass die genannten Metaphern bedeuten, *was sie besagen*. Rechtsfindung, Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung besagen, dass Recht gefunden, erkannt und angewendet wird. Gegen diese Auffassung feuert Grasnick eine Breitseite ab: „Genau das alles stimmt nicht. Vielmehr markieren diese Metaphern tупfgenau eines der Grundübel alteuropäischer Rechtsdogmatik, Rechtstheorie und Rechtsphilosophie. Oder der Juristischen Methodenlehre. Denn die sammelt oft genug engelsgeduldig und schafsdumm die alten Fehler ein und reicht sie an die nächste Generation weiter.“⁴ Wie häufig im Falle von Stellungnahmen, bei denen die dramatische Geste das eigentliche Argument zu überlagern droht, muss man das Argument klarstellen. Grasnick meint, dass bestimmte traditionelle Vorstellungen, die mit der Rede von Rechtsfindung, Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung verbunden sind, kein zutreffendes Bild der in Frage stehenden Vorgänge liefern. Er ist der Überzeugung, dass Recht *nicht* gefunden, *nicht* erkannt und *nicht* angewendet wird, und zwar aus dem einfachen Grund, dass es da nichts zu finden, nichts zu erkennen und nichts anzuwenden gibt.

recognising the law (Rechtserkenntnis) and *application of* the law (Rechtsanwendung). Referring to the metaphor theory of Donald Davidson³, Grasnick argues that these metaphors mean *what they say*. Finding, recognising and application of, or applying, the law mean that law is found, recognised and applied. Grasnick launches a broadside against this view, arguing that: “That is all completely wrong. Rather, these metaphors mark absolutely precisely one of the fundamental evils of Old Europe legal dogma, theory and philosophy, or of legal methodology, because this frequently gathers in the old mistakes with saintly patience and blind stupidity and passes them on to the next generation.”⁴ As is often the case with opinions where the dramatic flourish threatens to overlay the argument itself, the argument must be clearly stated. Grasnick believes that certain traditional ideas that are associated with talk of finding, recognising and application of the law do not provide an accurate picture of the processes concerned. He is convinced that law is *not* found, *not* recognised and *not* applied for the simple reason that there is nothing there to find, recognise and apply.

3 Siehe dazu D. Davidson, Was Metaphern bedeuten, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 343 ff.

4 Grasnick, a.a.O.

3 See on this D. Davidson, What Metaphors Mean, in D. Davidson: Inquiries into Truth and Interpretation, Oxford 1984, p. 245 et seq.

4 Grasnick, loc. cit.

II. *Ontologie-bashing*

Die Leute, die glauben, dass es da etwas gibt, bezeichnet Grasnick als „Rechtsontologen“⁵. In der Rechtstheorie und juristischen Methodenlehre, bei der allerdings schon längst eine andere Generation das Sagen hat, als es Grasnick unterstellt, nämlich eine Generation, die in wesentlichen Punkten der Meinung von Grasnick ist, gilt Ontologie als eine Art von Skandal. (Teilweise spricht man auch von „Substanzontologie“, um zum Ausdruck zu bringen, dass es um einen besonders skandalösen Skandal geht.) Worin besteht der Skandal? Was heißt überhaupt Ontologie? Ontologie ist eine bestimmte Auffassung darüber, was es gibt (aristotelisch: was *als Seiendes* ansprechbar ist⁶). Diese Auffassung gilt vielen mittlerweile als Skandal, denn in dieser Frage kennen wir uns womöglich überhaupt nicht aus, so dass die Frage falsch gestellt sein könnte.

In diesem Zusammenhang gibt es überzeugende Beispiele. Gibt es zum Beispiel so etwas wie Schuld? Wir haben uns daran gewöhnt, Leute, die das annehmen, als naiv zu betrachten. Sie sehen nicht, dass aus der Schuldfrage im wesentlichen der Charakter der Schuld als eines sozialen Konstrukts hervorgeht (Schuldzuschreibung). Aber dieser sozial-konstruktive Charakter betrifft augenscheinlich viel mehr Phänomene, so dass man am Ende zu der Annahme gelangen kann, dass womöglich *alles* eine Art von Konstruktion ist. Was die aristotelische Ontologie meinte, als Seiendes ansprechen zu können, existiert in Wirklichkeit gar nicht. Viele zeitgenössische Rechtstheoretikerinnen und Rechtsphilosophen und ein großer Teil jener, die noch juristische Methodenlehre machen, haben ihr Vokabular auf Ontologiekritik umgestellt.

II. *Ontology-bashing*

Grasnick calls people who believe that something does exist there “legal ontologists”⁵. In legal theory and methodology, where, however, another generation has long since held sway – and contrary to what Grasnick assumes a generation that shares his view on key points – ontology is regarded as a type of scandal. (At times the term “substance ontology” is also used to express that it is a particularly scandalous scandal.) What does the scandal consist of? What actually is ontology? Ontology is a particular view of what exists (in Aristotelian terms, what can be referred to *as being*⁶). Many now consider this view a scandal, as on this issue it is possible we have no idea where we stand, so that the question may be posed incorrectly.

There are compelling examples in support of this view. Is there, for example, such a thing as guilt? We have become used to regarding people who assume that as naïve. They do not see that essentially the nature of the guilt (apportionment of guilt) emerges as a social construct out of the issue of guilt. But this social constructive nature appears to relate to far more phenomena, so that one can ultimately reach the assumption that possibly *everything* is a type of construction. What Aristotelian ontology saw as capable of being referred to as being, simply does not exist in reality. Many contemporary legal theorists and philosophers and a large proportion of those who still shape legal methodology have converted their vocabulary to criticism of ontology.

5 Ebd.

6 *Aristoteles*, *Metaphysik*, 1003 a 21.

5 *ibid.*

6 *Aristotle*, *Metaphysics*, 1003 a 21.

Worin der Skandal der rechtsontologischen Metapher der Rechtsfindung besteht, ist nunmehr klar. Es wird suggeriert, es gäbe da etwas *aufzufinden*, denn Finden besagt seinem primären Wortsinne nach, dass man etwas findet, was oder wonach man gesucht hat.⁷ Diese Vorstellung, so scheint es, ist naiv. Der Vorgang, dass man etwas sucht und findet (oder wenigstens zu finden hofft), verhält sich zum eigentlichen Umgang mit dem Recht vielleicht so, wie die Suche nach Täterspuren im Ermittlungsverfahren zum eigentlichen Strafprozess. Selbst wenn man die Aufgabe des Strafprozesses so bestimmt, dass es in ihm um Wahrheitsfindung geht, kann man die Bemühung um das entscheidende Ziel dieses Prozesses, nämlich das gerechte Strafurteil, nicht nach dem Muster dieser Wahrheitsfindung begreifen.

Besonders naiv erscheint die Annahme vom Suchen und Finden, wenn sie auf den Umgang mit Rechtstexten angewendet wird. Wenn zum Beispiel die richterliche Entscheidung im Gesetz aufgefunden werden könnte, dann müsste sie in der *Bedeutung* des Gesetzes irgendwie enthalten sein. Aber das ist ganz offensichtlich nicht der Fall, so dass man unter anderem auch geglaubt hat, das Schema des sog. Justizsyllogismus sei Ausdruck einer weitverbreiteten Fehlvorstellung. In diesem Glauben war die Ontologiekritik allerdings abergläubisch, denn sie meinte, einem rein formalen Modell einen Anspruch auf Wirklichkeit exorzieren zu müssen, den es, als bloße Veranschaulichung einer Schlussregel niemals erhoben hatte. Der juristische Syllogismus zeigt nicht, wie Recht gefunden wird, er zeigt allenfalls, wie man das Gefundene übersichtlich und nachvollziehbar präsentieren kann.

It is now clear where the scandal of the legal ontological metaphors in finding the law lies. It is suggested that there may be something there *waiting to be found*, because the primary meaning of find is that one finds something one has been looking for.⁷ It seems this idea is naïve. The process of searching for something and finding, or at least hoping to find it, perhaps behaves in relation to the actual dealing with the law in a similar way to how the search for traces of an offender in investigation proceedings behaves in relation to the actual criminal proceedings. Even if the task of the criminal proceedings is defined so that it centres on establishment of the truth, one cannot comprehend the efforts towards the key objective of this process, namely a just verdict, based on this model of establishing the truth.

The assumption of searching and finding appears especially naïve if it is applied to dealing with legal texts. If, for example, judicial decisions could be found in legislation, then they would have to be contained somewhere in the *meaning* of the legislation. But that is quite clearly not the case, so that, among other matters, it has also been believed that the legal syllogism schema is the expression of a widespread misconception. According to this belief, the criticism of ontology was nevertheless superstitious, because it intended to exorcise the claim to reality from a purely formal model, which the model had never raised as a simple illustration of a rule of inference. The legal syllogism does not show how law is found but does show how what has been found can be presented clearly and comprehensibly.

7 Deutsches Wörterbuch v. J. u. W. Grimm, Bd. 3, Nachdruck der Erstausgabe 1862, München 1999, S. 1643.

7 Deutsches Wörterbuch (German Dictionary) by Jakob and Wilhelm Grimm, vol. 3, reprint of the first edition of 1862, Munich 1999, p. 1643.

Freilich ist damit noch nicht der entscheidende Streit berührt, der sich, Grasnick zufolge, um die Metapher der Rechtsfindung dreht. Noch einmal: Wenn Metaphern bedeuten, was sie besagen (Davidson), bedeutet Rechtsfindung, *dass das Recht gesucht und gefunden werden kann*. Aber suchen wir wirklich das Recht, wenn wir mit Rechtstexten umgehen? Oder suchen wir wenigstens die *Bedeutung* dieser Texte, die uns dann, möglicherweise in Verbindung mit weiteren Kriterien, schließlich zum Recht führt (also zu dem Recht, welches das für den Einzelfall richtige Recht ist)? Normalerweise denken wir über diese Fragen gar nicht nach, aber wenn man sich aufrichtig prüft, wird man vielleicht zu dem Ergebnis kommen, dass man eigentlich nach nichts sucht. Schließlich kann nur suchen, wer etwas zu finden hofft, aber lesen wir eine gesetzliche Bestimmung oder eine sonstige Norm mit dieser Hoffnung? Oder lesen wir wenigstens eine *unverständliche* Norm mit dieser Hoffnung? Möglicherweise gibt es hier nur einen einzigen Sinn, in dem von einem Finden plausibel die Rede sein kann, nämlich jenen, der im Grimmschen Wörterbuch an vierter Stelle Erwähnung findet. Danach kann Finden auch *Erfinden* heißen.⁸ Und gibt es nicht in der Tat ein unerschöpfliches Reservoir an Beispielen dafür, wie Recht nicht gefunden, sondern *erfunden* wird? Denken wir insbesondere an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Es ist kein Geheimnis, dass der EuGH, als die Politik noch mitten in den Verhandlungen zum Verfassungsvertrag steckte, die europäischen Grundrechte längst *erfunden* hatte.⁹

Certainly, this does not resolve the key dispute, which, according to Grasnick, turns on the metaphor of finding the law. To repeat, if metaphors mean what they say (Davidson), finding the law means that *the law can be searched for and found*. But are we really searching for the law when we deal with legal texts? Or are we at least searching for the *meaning* of these texts, which then, possibly in conjunction with other criteria, ultimately leads us to the law (i.e. to the correct law for the case in question)? Normally we do not consider these questions at all but if we search our minds honestly, we may reach the conclusion that we are actually not searching for anything. Ultimately only those who hope to find something can search, but do we read legal provisions or other norms with this hope? Or do we at least read an *unintelligible* provision with this hope? There might only be one single sense here in which one can plausibly talk of finding something, namely the fourth meaning mentioned in the Brothers Grimm dictionary. This states that finding can also mean *inventing*.⁸ And in fact isn't there an inexhaustible supply of examples of how law is not found but instead *invented*? The legal decisions of the European Court of Justice come particularly to mind. It is no secret that the ECJ *invented* European fundamental rights long ago at a time when politics was still bogged down in the negotiations on the European constitution.⁹

8 A.a.O.

9 Siehe dazu etwa die Darstellung von S. Buckel, Subjektivierung und Kohäsion, Weilerswist 2007, S. 273 ff.

8 loc. cit.

9 See on this for example the portrayal by S. Buckel, Subjektivierung und Kohäsion (Subjectivity and Cohesion), Weilerswist 2007, p. 273 et seq.

III. Rechtsdynamik: Agon, Konsens, Prozedur

Wenn das Recht nicht gefunden, sondern erfunden wird, stellen sich Probleme der Rationalität und der Richtigkeit. Was unterscheidet die Begründetheit der einen von der anderen Bedeutungserfindung, nach welchen Kriterien lassen sich – um dieses sinnvolle und treffende Wort zu verwenden – *Lesarten* als mehr oder weniger richtig ausweisen? Oder greifen wir weniger hoch und fragen, woher nehmen wir den Maßstab ihrer Vertretbarkeit? Hier gibt es drei Möglichkeiten. Man kann die juristische Praxis als Wettstreit oder Machtkampf auffassen (die *agonale* Konzeption). Man kann im Gegensatz dazu den Gedanken einer intrinsisch-prozeduralen Rationalität geltend machen (das *konsensuale* Modell). Oder man kann – drittens – eine Mischform dieser Konzeptionen annehmen. Alle diese Modelle können wir als *rechtsdynamische* Modelle bezeichnen.¹⁰

Dynamische Modelle haben den Vorzug, dass sich viele Probleme der traditionellen juristischen Methodenlehre schlagartig auflösen: Es gibt keine eindeutige Bedeutung, also reden und streiten wir darüber. Es gibt nicht nur eine Lesart des Gesetzes, also möge die bessere gewinnen – auch wenn der juristische Streit aufgrund seiner institutionellen Bindungen nicht nach dem edlen Vorbild vom zwanglosen Zwang des besseren Arguments funktioniert. Dynamische oder prozedurale Modelle der richterlichen Entscheidungsfindung resultieren aus den zwei behandelten Erwägungen, dass (1) das Recht nichts ist, was aufgefunden werden kann und (2) dass für das „erfundene“ Recht das Problem seiner Legitimation gelöst werden muss.

III. Nomodynamics: agon, consensus, procedure

If the law is not found but instead invented, problems of rationality and accuracy arise. What distinguishes the well-foundedness of one invented meaning from that of another, by which criteria do *readings* – to use this sensible and to-the-point word – manifest themselves as more or less correct? Or do we not reach as high up and ask instead from where we should take the benchmark for their tenability? There are three options here. Legal practice can be understood as a competition or power struggle (the *agonal* concept). By contrast, we can also put forward the notion of an intrinsic-procedural rationality (the *consensual* model). Or, thirdly, we can work on the basis of a hybrid form of these two concepts. We can refer to all of these models as *nomodynamic* models.¹⁰

Dynamic models have the advantage that many problems of traditional legal methodology vanish at a stroke: there is no unequivocal meaning, so let's talk and argue about it. There is not just one way of reading the legislation, so may the better interpretation win – even if its institutional ties mean the legal dispute does not run according to the noble ideal of the unforced force of the better argument. Dynamic or procedural models of judicial decision-making result from the two considerations addressed that, firstly, the law is not something that can be found and that, secondly, for “invented law” the problem of its legitimation has to be solved.

10 Zum Begriff der Rechtsdynamik vgl. *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 72 f.

10 On the term nomodynamic, cf. *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Pure Theory of Law), 2nd edition, Vienna 1960, p. 72 et seq.

Gegen rechtsdynamische Modelle ist überhaupt nichts einzuwenden. Im Gegenteil: Sie nehmen ein gutes Stück mehr Rechtswirklichkeit in den Blick, als es in älteren Vorstellungen vom Vorgang der Rechtsfindung häufig der Fall ist. Zwei Dinge müssen jedoch immer beachtet werden. Die Erweiterung des Blickwinkels führt zuweilen dazu, dass man zwar insgesamt mehr im Blick hat, aber das Naheliegende nicht mehr so scharf sieht wie zuvor. Dieser Punkt betrifft die Aussagekraft und die Wahrheit der Theorie und ist sehr wichtig. Zum anderen lässt es sich nicht vermeiden, dass auch Auffassungen, die einmal den unwiderstehlichen Charme des Neuen hatten, irgendwann einmal alt aussehen. Das spricht selbstverständlich noch nicht gegen diese Auffassungen. Aber dennoch: Wenn man das Gefühl hat, bestimmte Argumente schon zu oft gehört zu haben, sollte man dieses Gefühl ernst nehmen. Das Argument, es sei naiv anzunehmen, man könne oder solle die richterliche Entscheidung dem Gesetz entnehmen, habe ich zum Beispiel schon oft gehört. Dagegen ist mir keine einzige Person bekannt, die behauptet, die richterliche Entscheidung sei im Gesetz zu finden. Daher stehen – jedenfalls nach meinem Eindruck – im Streit um die Metapher der Rechtsfindung die Gegenargumente ohne Gegner wie leere Gebärden in der Luft. Es wird so getan, als müsse man gegen rechtsontologische Machtkartelle mobil machen, es wird ein kämpferischer Ton angeschlagen, der auf eine seltsame Weise unangemessen erscheint, weil es keine solchen Kartelle gibt. Bei Nietzsche war es, worauf Michel Foucault hingewiesen hat, noch eine originelle Spitze der Ontologiekritik, Erkenntnisse als *Erfindungen* zu bezeichnen¹¹, mittlerweile stellt sich (wofür aber nicht Nietzsche verantwortlich ist) fast so etwas wie Lange-

There is absolutely no reason to object to nomodynamic models. Quite the opposite. They take account of a considerably larger portion of legal reality than is often the case in older ideas of finding the law. However, two things must always be kept in mind. The widening of the range of view at times leads to a situation where, while there is more in view, the obvious does not stand out so clearly. This point relates to the meaningfulness and truth of the theory and is extremely important. On the other hand, it is unavoidable that views which once held the irresistible charm of the new at sometime started looking old-fashioned. That obviously does not yet count as an argument against these views. But nonetheless, if one feels one has heard some arguments too many times before, one ought to take this feeling seriously. I have, for example, heard the argument many times that it is naïve to assume one could or should remove the element of judicial decision-making from legislation. But I know absolutely no-one who argues that judicial decision-making can be found in legislation. In the debate about the metaphor of finding the law, at any rate in my view, the counter-arguments therefore hang in the air like empty gestures without opponents. People act as if there is a need to mobilise against legal ontological cartels of power, adopting a belligerent tone, which, as no such cartels exist, seems curiously inappropriate. As Michel Foucault has indicated, for Nietzsche to describe findings as *inventions*¹¹ was still a witty jab in criticism of ontology. Now something almost approaching boredom has set in, for which Nietzsche is however not responsible. When it comes to finding the law it is high time we left the empty gestures of criticism behind.

11 M. Foucault, Die Wahrheit und die juristischen Formen, Frankfurt am Main 2003, S. 16 ff.

11 M. Foucault, Die Wahrheit und die juristischen Formen (Truth and Juridical Forms), Frankfurt am Main 2003, p. 16 et seq.

weile ein. Es ist höchste Zeit, dass wir in der Frage der Rechtsfindung über die leeren Gebärden der Kritik hinauskommen!

IV. Rechtsstatik: Dingtheorie

Formulieren wir einmal versuchsweise ein paar markante Thesen über das Verhältnis von Rechtsnorm und Bedeutung: Bedeutung ist ein *Ding*. Die Bedeutung von Rechtsnormen ist das spezifisch juristische Bedeutungsding, das wir entdecken und erkennen müssen. Das Ding hat eine bestimmte Erscheinungsform, das ist (in der Regel) ein bestimmter Text, eine Gestalt also, die sich in der Form einer bestimmten Verkettung von Buchstaben und Buchstabengruppen, häufig in sogenannten Gesetzbüchern, ausdrückt. Die Erscheinung ist nicht das Wesen des Dings, das merken wir dadurch, dass dasselbe Ding in verschiedenen Verkettungen von Buchstaben und Buchstabengruppen zur Erscheinung kommen kann. Es ist zum Beispiel das, was das Wesen sowohl der Buchstabengruppe „Pferd“ als auch dasjenige der Gruppe „horse“ ausmacht. Umgekehrt kann es sich so verhalten, dass dieselbe Buchstabengruppe für verschiedene Bedeutungsdinge steht, denken wir etwa an die Gruppe „Gericht“. Interpretation ist die Suche nach dem *wahren* Bedeutungsding. Der Bezug zur Wahrheit ist ganz wichtig, denn mit ihm steht und fällt, wie man schnell einsieht, das ganze Projekt. Die Suche nach dem Bedeutungsding ist beschwerlich, und nie kann man sich sicher sein, ob das, was man ausgemacht hat, wirklich das wahre Bedeutungsding ist. In gewisser Weise entzieht es sich sogar der Wahrheit, zum Glück aber auf eine Weise, die wenigstens erkennen lässt, wie es eine Art von Beitrag zur Wahrheit leistet. Von dem Satz „Das Bundesverfassungsgericht ist kein Gericht“ weiß man zum Beispiel, dass er nur dann wahr ist, wenn sich die Buchstabengruppe „Gericht“ auf ein ganz bestimmtes Bedeutungsding (und nicht auf ein anderes) bezieht. Auf diese

IV. Nomostatics: thing theory

Suppose we start by formulating on a trial basis a few striking propositions on the relationship between legal norms and meaning: Meaning is a *thing*. The meaning of legal norms is the specific legal meaning-thing (Bedeutungsding) that we have to discover and recognise. The thing has a specific way of appearing, which usually is a specific text, i.e. a form which expresses itself in the shape of a certain interlinking of letters and groups of letters, frequently in what are termed “law books”. The appearance is not the essence of the thing; we notice this because the same thing can manifest itself in different interlinkings of letters and groups of letters. It is for example what constitutes the essence of both the group of letters “Pferd” and that of the group “horse”. Quite the reverse is the situation where this same group of letters can stand for different meaning-things. Take for example the group “Gericht”. Interpretation is the search for the *true* meaning-thing. The connection with truth is extremely important, since, as we quickly realise, the entire concept stands or falls with it. The search for the meaning-thing is arduous, and we can never be sure whether what we have ascertained is really the true meaning-thing. To a degree, true meaning detaches itself from the truth, fortunately, however, in a way that at least allows us to recognise how it renders a type of contribution to the truth. From the sentence “Das Bundesverfassungsgericht ist kein Gericht” we know for example that it is only then true if the group of letters “Gericht” relates to one quite specific meaning-thing (and not to a different meaning-thing) [Translator’s note: the German word “Gericht” can mean a court of law or a dish or course of a meal. The sentence is only true if related to the meanings dish or course of a meal, so that it is read as: “The Federal Constitutional

Weise fahren wir fort und erweitern unser Verständnis der Sprache und des Rechts. Immer mehr gehen wir von Vermutungen über Wahrheitsbeiträge zur Wahrheit selbst über. Wir schreiben zum Beispiel: „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ ist genau dann wahr, wenn die Würde des Menschen unantastbar ist. Wir können also sagen, dass der Umstand, dass die Würde des Menschen unantastbar ist, die Buchstaben­gruppe „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ bedeutsam macht. Das Ding ist, so betrachtet, nichts anderes als die Wahrheit selbst. Frege bemerkte: „So werden wir dahin gedrängt, den *Wahrheitswert* eines Satzes als seine Bedeutung anzuerkennen.“¹² Wenn das stimmt, wäre der Menschenwürdesatz bedeutungslos, wenn er nicht auf die Wahrheit bezogen werden könnte. Aber wir konnten ja einen solchen Bezug herstellen, und nach dem Muster dieses Bezuges können wir hoffen, für alle Normen des Rechts einen solchen Bezug herzustellen. So fahren wir fort, tastend und unsicher zwar, aber stets auf der Suche nach Wahrheit und Bedeutung.¹³

V. *Die Welt des Wandels und die Form des Dings*

Ich weiß nicht, ob die eben angefertigte Skizze einer Dingtheorie ontologisch ist oder nicht. Vielleicht hat sie auch nur einen ontologischen Klang, aber wir müssen das an dieser Stelle nicht entscheiden. Wichtiger ist die Einsicht, dass wir, ohne in Widersprüche oder offenkundige Ungereimthei-

Court is not a dish or course of a meal“]. In this way we continue and expand our understanding of language and the law. We increasingly move from suppositions via contributions towards the truth to the truth itself. For example, the phrase “Human dignity is inviolable” is then completely true if the dignity of man is inviolable. We can therefore say that the fact that the dignity of man is inviolable gives meaning to the group of letters “Human dignity is inviolable”. Viewed like this, the thing is nothing other than the truth itself. Frege commented: “We are thus driven to acknowledge the *truth-value* of a sentence as its reference.” (So werden wir dahin gedrängt, den *Wahrheitswert* eines Satzes als seine Bedeutung anzuerkennen.)¹² If that is correct, the sentence on human dignity would be meaningless if it could not be related to the truth. But we were able to create such a connection and, based on the pattern of this relationship, we can hope to produce such connections for all legal norms. We therefore continue, feeling our way uncertainly, but always on the search for truth and meaning.¹³

V. *The world of change and the form of a thing*

I do not know whether the above outline of a thing theory is ontological or not. Perhaps it merely sounds ontological, but we do not have to decide on that at this point. What is more important is the insight that we, without getting into contradictions or obvious inconsistencies, can postulate a theory

12 G. Frege, Über Sinn und Bedeutung, in: ders., Funktion – Begriff – Bedeutung, Göttingen 2007, S. 30.

13 Vgl. zu diesem Zusammenhang D. Davidson, Wahrheit und Bedeutung, in: ders., Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 40 ff. Vgl. auch J. Bung, Die Norm im wahrheitskonditionalen Interpretationsschema, Rechtstheorie 36 (2005), S. 41 ff.

12 G. Frege, Über Sinn und Bedeutung (On Sense and Reference), in: G. Frege, Funktion – Begriff – Bedeutung, Göttingen 2007, p. 30 [Translator’s note: for consistency with the rest of the text I have translated “Bedeutung” as “meaning” everywhere else except as here where it relates to Frege’s work On Sense and Reference].

13 See in this connection D. Davidson, Inquiries into Truth and Interpretation, Oxford 1984, p. 40 et seq. See also J. Bung, Die Norm im wahrheitskonditionalen Interpretationsschema, Rechtstheorie 36 (2005), p. 41 et seq.

ten zu geraten, eine Theorie aufstellen können, die wahrscheinlich Professor Grasnick's Albtraum wäre. Und es kommt sogar noch schlimmer. Unsere kleine Theorie vermittelt die Vorstellung von *festen* Bedeutungen, also genau das, was all jene stört, die, wie der Präsident des Bundesgerichtshofes, bestimmte Lockerungen der Gesetzesbindung mit einem Hinweis auf die „Welt des Wandels“¹⁴ und den „Wandel der Zeit“¹⁵ rechtfertigen möchten. Natürlich leben wir in einer Welt des Wandels und natürlich ist am Ende alles begriffen im Wandel der Zeit. Heraklit, der größte Theoretiker des Wandels, sagte einmal: „Das Kalte wird warm, Warmes kalt, Feuchtes trocken, Trocknes feucht.“¹⁶ Besser kann man die Welt des Wandels nicht beschreiben; aber daraus folgt noch nichts Spezifisches für eine juristische Interpretationstheorie. Hirsch möchte die Überlegenheit der sog. objektiven Auslegung mit dem Wandel der Zeit begründen, aber dieser Begründungsversuch ist eine *petitio principii*, denn objektive Auslegung heißt bekanntlich genau dies: dass Normbedeutungen dem Wandel der Zeit angepasst werden müssen.¹⁷

which would probably be anathema to Professor Grasnick. And it gets even worse. Our little theory conveys the idea of *fixed* meanings, i.e. precisely what upsets all those who, like the President of the German Federal Supreme Court (Präsident des Bundesgerichtshofes), would like to justify a certain loosening of the binding to the law with a reference to the world of change¹⁴ and the passing of time¹⁵. We of course live in a changing world and ultimately everything is caught up in the passing of time. Heraclitus, the greatest theoretician of change, once said: “Cold things grow hot, hot things cold, moist things grow dry, dry things moist.”¹⁶ The changing world cannot be described any better, yet it still does not yield anything specific for a legal theory of interpretation. Hirsch would like to explain the superiority of so-called objective interpretation by reference to the passing of time, but this attempt at providing reasons is a *petitio principii* or circular argument, since, as is well known, objective interpretation means precisely this: that meanings of norms must be adapted to the passing of time.¹⁷

14 G. Hirsch, Rechtsstaat – Richterstaat, FAZ v. 30. April 2007, S. 8.

15 Ebd.

16 Die Vorsokratiker, Die Fragmente und Quellenberichte, übers. u. eingel. v. W. Capelle, Stuttgart 1968, S. 133.

17 Zur Kritik der Position von Hirsch und der Privilegierung der objektiven Auslegung siehe insbes. B. Rütters, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, Juristenzeitung 2006, S. 53 ff. Hirschs an anderer Stelle beigesteuerte Metapher von den Richterpianisten (ZRP 2006, S. 161) hat eine in der erweiterten Öffentlichkeit ausgetragene Kontroverse ausgelöst, vgl. die kritischen Stellungnahmen von Ch. Möllers (FAZ v. 26. Oktober 2006) und B. Rütters (FAZ v. 27.12.2006). Siehe zur Diskussion auch W. Hassemer, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, S. 213 f.

14 G. Hirsch, Rechtsstaat – Richterstaat, Frankfurter Allgemeine Zeitung of 30 April 2007, p. 8.

15 ibid.

16 Die Vorsokratiker, Die Fragmente und Quellenberichte, (The Presocratics, Fragments and Source Reports) translated and with an introduction by W. Capelle, Stuttgart 1968, p. 133.

17 On the criticism of Hirsch's position and the conferring of privileged status on objective interpretation see in particular B. Rütters, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, Juristenzeitung 2006, p. 53 et seq. Hirsch's metaphor of the pianist judges contributed elsewhere (ZRP 2006, p. 161) has triggered a controversy being fought out before the wider public, cf. the critical opinions of Ch. Möllers (Frankfurter Allgemeine Zeitung of 26 October 2006) and B. Rütters (Frankfurter Allgemeine Zeitung of 27 December 2006). See also on the debate, W. Hassemer, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, p. 213 et seq.

Eine juristische Interpretationstheorie (als wesentlicher Teil einer Theorie der Rechtsfindung) kann überhaupt nur auf den Weg gebracht werden, wenn man bestimmte Dinge dem Wandel der Zeit entzieht. Nicht für immer selbstverständlich, aber immerhin doch für ein gutes und absehbares Stück Zeit. Zu diesem Zweck wurde eben eine Dingtheorie der Bedeutung formuliert. Das Ding ist, nach einer verbreiteten Vorstellung, etwas Kompaktes und Festes; die Rede vom Bedeutungsding gibt, so verstanden, der ansonsten leicht flatterhaften Rede von der Auslegung einen gewissen Halt. Einstweilen kann uns die Frage gleichgültig sein, ob die Rede vom Bedeutungsding in einem metaphorischen oder nichtmetaphorischen Sinne zu verstehen ist. Vor allem kommt es darauf an, dass sie überhaupt zu verstehen ist. Dem Gedanken der Festigkeit der Bedeutung können wir noch eine besondere metaphysische Note geben, indem wir sagen, dass alle Bedeutungsdinge Abbilder einer *ideellen* Bedeutung sind. Grasnick, Hirsch und die anderen Freunde des ewigen und fortwährenden Wandels würden hier todsicher die rote Karte des *Bedeutungsplatonismus* ziehen. Aber der Bedeutungsplatonismus ist keineswegs eine absurde Theorie, wenn mit dem Begriff der Idee der Gedanke der *Form* des Dings gemeint ist. Wie alle Dinge brauchen wohl auch Bedeutungen irgendeine Form.

VI. Angaben der semantischen Form

Die bisherige Darstellung ist noch sehr abstrakt, aber das können wir schnell ändern. Gehen wir noch einmal vom Gedanken der Form aus. Betrachten wir beispielhaft jene Buchstabengruppe, die sich ergibt wenn wir ein „S“, ein „c“, ein „h“, ein „a“, ein „d“, ein „e“ und ein „n“ in der genannten Reihenfolge verknüpfen. Es ergibt sich die Buchstabengruppe „Schaden“, die im Recht relativ häufig vorkommt und dort auch eine zentrale Rolle spielt. Was ist die Form des Bedeutungsdings, das in der

A legal theory of interpretation (as an essential part of a theory of finding the law) can only be set in motion at all if we exclude certain things from the passing of time. Not for ever of course, but definitely for a substantial and foreseeable period. A thing theory of meaning has just been formulated for this purpose. According to a widespread idea, the thing is something compact and fixed; understood in this way, the talk of the meaning-thing gives a degree of substance to the otherwise slightly fickle talk of interpretation. For the time being we can remain indifferent to the issue of whether the talk of the meaning-thing should be understood in a metaphorical or non-metaphorical sense. Above all, it depends on whether it can in fact be understood at all. We can still attach a particular metaphysical tone to the notion of the fixed nature of meaning by saying that all the meaning-things are images of an *ideal* meaning. As night follows day, Grasnick, Hirsch and the other friends of eternal and continuing change would pull out the red card of the *Platonistic theory of meaning*. But the Platonistic theory of meaning is in no way an absurd theory if it refers to the notion of the *form* of the thing. Like all things, meanings probably also need some sort of form.

VI. Stating the semantic form

The portrayal so far is still extremely abstract, but we can quickly change that. Suppose we start again from the notion of form. Let us look, for instance, at the group of letters arising if we link together an “S”, a “c”, an “h”, an “a”, a “d”, an “e” and an “n” in this sequence. We get the group of letters “Schaden”, which crops up quite frequently and plays a central role in the law. What is the form of the meaning-thing that appears in this group of letters? It is immediately clear that the

genannten Buchstabengruppe erscheint? Es ist unmittelbar evident, dass die Angabe der Form die grammatische Form eines Satzes haben muss, denn nur ein Satz kann überhaupt etwas angeben. Wir können also formulieren:

Ein Ding passt in die Form „[] ist ein Schaden“ genau dann, wenn das Ding ein Schaden ist.

Mit der Formulierung dieses Satzes ist folgendes passiert. Die Bedeutung von „Schaden“ ist derart in eine bestimmte Form gebracht, dass für ein bestimmtes Ding gesagt wird, unter welchen Bedingungen es in die Leerstelle des Ausdrucks „[] ist ein Schaden“ passt. Sprechen wir der Einfachheit halber von der *Angabe der semantischen Form*. Man könnte sie für trivial halten, aber das ist sie nicht. Wenn wir an bestimmte Diskussionszusammenhänge etwa im Strafrecht denken, gibt es viele Leute, die behaupten:

Ein Ding passt in die Form „[] ist ein Schaden“ genau dann, wenn das Ding ein Schaden oder eine Gefährdung ist.

Wir haben also zwei konkurrierende Angaben der semantischen Form. Stellen wir uns nun vor, wir wüssten nicht, dass die zweite Variante herrschende Meinung im Strafrecht ist; wir würden sicherlich die erste vorziehen. Offenkundig ist sie Ausdruck einer einfacheren Theorie. Die Auskunft, wonach sowohl Gefährdungen als auch Schäden in die Form „[] ist ein Schaden“ passen sollen, weckt sogar Zweifel, ob sie überhaupt Theorem einer konsistenten Theorie sein kann. Jeder, der schon einmal über das seltsame Wort vom Gefährdungsschaden gestolpert ist, kennt diese Zweifel.¹⁸

Angaben zur semantischen Form können auch als *semantische Axiome* bezeichnet werden, damit ist klar gestellt, dass ihr ontologischer Status der einer *Setzung* ist und dass es nicht darum geht, sie ein für allemal der Welt des Wandels und dem Wandel der Zeit zu entziehen. Methodisch geht es darum, be-

form requires a sentence in order to state it because only a sentence can actually convey anything. We can therefore say that:

A thing fits the form “[] is a loss (Schaden)” if and only if the thing is a loss.

What has happened in formulating this sentence is that the meaning of “loss” has been applied in a particular form so that we state under what conditions for a specified thing it fits into the space in the phrase “[] is a loss”. For the sake of simplicity, let us speak of *stating the semantic form*. We could consider it trivial, but it is not. If we think of particular areas of discussion in criminal law, for example, there are many people who argue that:

A thing fits into the form “[] is a loss” if and only if the thing is a loss or a risk (Gefährdung).

This means we have two competing statements of semantic form. Suppose we now imagine that we did not know that the second is the prevailing view in domestic criminal law. In this case we would certainly prefer the first variant. It is evidently expression of a simpler theory. The information that both risks and losses ought to fit into the form “[] is a loss” raises doubt as to whether it can be a theorem within a consistent theory at all. Anyone who has stumbled over the strange German expression “Gefährdungsschaden” knows of these doubts.¹⁸

Statements on semantic form can also be designated *semantic axioms*, which makes it clear that their ontological status is that of a *convention* and that it is not a question of removing them once and for all from the world of change and the passing of time. In terms of method, it in-

stimmte semantische Formen erst einmal festzuhalten, damit über die derart hergestellte Stabilität der Bedeutungen auch zuverlässige Argumente und Folgerungsbeziehungen hergestellt werden können. Die Bedeutung dieser Stabilitäten und Zuverlässigkeiten wird manchmal unterschätzt. Vergewenwärtigen wir uns die beiden semantischen Axiome zum Schadensbegriff, stellen wir fest, dass das erste zu einer einfachen und das zweite zu einer komplizierten Theorie gehört, so dass diejenigen, die das zweite Axiom vorschlagen, eigentlich (zumindest wenn man sich an die allgemeinen wissenschaftlichen Gepflogenheiten hält) in höherem Maße begründungspflichtig wären. Bedauerlicherweise sind im juristischen Meinungsstreit die üblichen Verhältnisse oft umgekehrt. Sofern die kompliziertere Theorie herrschende Meinung ist, trifft die Gegenseite die Begründungslast, auch wenn sie eine viel einfachere Theorie vorlegt, die völlig konsistent ist und genauso gut funktioniert (einmal abgesehen

volves first of all holding onto certain semantic forms, so that reliable arguments and inferential relationships can be created using the stability of the meanings so created. The meaning of these stabilities and reliabilities is sometimes underestimated. If we visualise the two semantic axioms for the term “loss”, we find that the first belongs to a simple and the second to a more complex theory, so that proponents of the second axiom (at least if we adhere to the general scientific customs) would actually be under a greater obligation to justify themselves. The usual relationships are regrettably often reversed in legal controversies. Insofar as the more complex theory also represents the prevailing view, the burden of justifying one’s position falls on proponents of the other view, even if it is a far simpler theory which is entirely consistent and works equally well (apart from the fact, which upsets some people,

18 Sascha Ziemann hat eingewendet, was denn daran hindern könnte, unter einem Schaden auch die Gefährdung von Vermögenswerten zu verstehen („Unter dem Ding Schaden verstehen wir sowohl die Verletzung als auch die Gefährdung von Vermögenswerten“). Die Antwort lautet: *Nichts*. Es gibt keine überzeitliche Wahrheit, keine „Korrespondenztheorie“, wonach unter einem Schaden lediglich der endgültige Verlust von Vermögenswerten zu verstehen ist. Diese Interpretation ist aber ganz sicher die bessere Option unter den Anforderungen der Gebots semantischer Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG). Die Rede vom Gefährdungsschaden hat einen „Bedeutungsüberschuss“ (Benjamin Lahusen), der womöglich gar nicht mehr im Rahmen einer stimmigen Theorie einzuholen ist (Indiz: Dogmatik wird zu Kasuistik). Der Wert von Bedeutungsangaben besteht darin, den Bedeutungsüberschuss zu rasieren, eine insbesondere im Strafrecht sehr wichtige Angelegenheit. Benjamin Lahusen hat Recht, wenn er meint, dass wir dazu keine Bedeutungstheorie brauchen. Die Bedeutungstheorie kann nur zeigen, dass das, was wir womöglich intuitiv und ganz richtig tun (Bedeutungsüberschüsse rasieren) auch einen gewissen systematischen Hintergrund hat.

18 Sascha Ziemann has raised an objection, asking what could then prevent risk to property also being understood under loss (“we understand under the thing ‘loss’ both the harm and the risk to property” (Unter dem Ding Schaden verstehen wir sowohl die Verletzung als auch die Gefährdung von Vermögenswerten)). The answer is *nothing*. There is no timeless truth, no “correspondence theory” under which a loss is to be understood simply as the conclusive loss of assets. This view is, however, certainly the better option given the requirements for semantic certainty (Art. 103 paragraph 2 of the Basic Law (Grundgesetz)). The talk of “Gefährdungsschaden” has, to use Benjamin Lahusen’s term, a surplus amount of meaning (Bedeutungsüberschuss), which may no longer be capable of being integrated into a coherent theory (clue: dogmatics turns into casuistry). The value of stating meaning lies in paring down the surplus meaning, an extremely important matter, especially in criminal law. Benjamin Lahusen is correct when he says that we do not need any theory of meaning for that. The theory of meaning can only show that what we intuitively and quite correctly do (paring down surplus meaning) also has a degree of systematic background.

von dem für einige störenden Umstand, dass sie einige Fälle straflos lässt). Man muss sich in diesem Zusammenhang daran erinnern, dass die das gesamte Vermögensstrafrecht beherrschende Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung von der Rechtspraxis ohne Begründung eingeführt wurde.¹⁹ Und es gibt auch in der zeitgenössischen Diskussion Stellungnahmen, die genau in dieser begründungslosen Einführung einen methodischen Vorzug erkennen.²⁰

VII. Die Bedeutung des Gesetzes

Dagegen spricht, dass die begründungslose Einführung einer Rechtsfigur keine gute Methode der Rechtsfindung ist. Zur Methode der Rechtsfindung, wie sie hier vorgeschlagen wird, gehört, dass die Karten auf den Tisch gelegt werden, z.B. in der Weise, dass man Angaben zur semantischen Form macht und in Übereinstimmung mit diesen Angaben folgert und argumentiert. Dagegen könnte man geltend machen, dass dies überhaupt nicht zur Methode der Rechtsfindung gehört, weil es bei dem schöpferischen Vorgang keine Rolle spielt. Dieses Argument ist nicht falsch, aber es ist darin fragwürdig, dass es den Vorgang der Rechtsfindung der Irrationalität überantwortet.²¹ Wenn man die Rechtsfindung von der Begründungspflicht befreite, könnte man sie im Prinzip auch durch Orakelsprüche ersetzen. Vielleicht passt das zu einer Auffassung, wonach die Aufgabe des Rechts vorzugsweise darin zu sehen ist, in einer Welt des Wandels möglichst wandlungsfähig zu sein. Nicht umsonst trägt eines der ältesten Orakelbücher der Menschheit den Titel des Buches der Wandlungen, und es gab menschheitsgeschichtlich durchaus Phasen, in denen zwischen Rechtsspruch und Orakelspruch keine klare Unterschei-

that it leaves some situations unpunished). In this regard, it should be remembered that the entire concept of risk to property equivalent to loss, which dominates the law relating to fines levied on property, was introduced by legal practice without provision of reasons.¹⁹ And there are also opinions in the current debate which recognise a methodological preference precisely in this unsubstantiated introduction.²⁰

VII. The meaning of legislation

The counter-argument to this is that introducing a legal concept without reasoning to justify it is not a good way of finding the law. The method of finding the law proposed here involves laying the cards on the table in such a way, for example, that one provides information on the semantic form and, in line with this information, reaches a conclusion and argues accordingly. Against this, it could be contended that this approach has no place at all in a method of finding the law, because it plays no part in the creative process. This argument is not incorrect but it is questionable in that it entrusts the process of finding the law to irrationality.²¹ If the finding of the law was released from the obligation to provide reasons, one could in principle replace it with the sayings of oracles. Perhaps this fits with a view that the law's role is preferably to be regarded as being as adaptable as possible in a changing world. Not for nothing is one of the oldest books of oracles of humanity known as the Book of Changes (Buch der Wandlungen), and there were definitely phases in human history when there was no clear distinction between a legal decision and the saying of an oracle.²² That is, however, the caveat attached to all supposedly contemporary

19 Siehe zur Geschichte der Rechtsprechung *Th. Riemann*, Vermögensschaden und Vermögensgefährdung, Heidelberg 1989, S. 28 ff.

20 Vgl. *R. Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Expektanzen, Berlin 1994, S. 50.

19 See on the history of legal decisions, *Th. Riemann*, Vermögensschaden und Vermögensgefährdung, Heidelberg 1989, p. 28 et seq.

20 Cf. *R. Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Expektanzen, Berlin 1994, p. 50.

derung getroffen wurde.²² Das ist aber das Menetekel über allen vermeintlich zeitgemäßen Auffassungen vom Recht und der Rechtsfindung, die sich gerne auf den Wandel der Zeit berufen – dass sie womöglich archaischen Weltanschauungen mehr ähneln, als ihnen lieb ist.

Man muss sich aber vor schnellen Urteilen und Einschätzungen hüten, zumeist sind die Verhältnisse viel komplizierter, als man denkt. Es ist nicht so leicht zu sagen, was modern oder aufgeklärt ist und was naiv oder zumindest nicht mehr zeitgemäß. Positionen von gestern können die Leitlinien von morgen sein, das ist auch eine Variante des Themas vom Wandel der Zeit. Ich habe keine Prognose über die Entwicklung, aber mir scheint es in einer Zeit der methodologischen Selbstentfesselung der Jurisprudenz geboten, einige Wegweiser aufzustellen und einige einfache Hinweise zu geben. Der wichtigste Hinweis lautet: Rechtsfindung kann nicht unabhängig von Normbedeutungen stattfinden und die Bedeutungen von Normen ist zunächst einmal das, was diese Normen selbst *besagen*. Man kann diesen Hinweis auch als das Argument von der

views of law and the finding of the law which are happy to cite the passing of time – they may be closer to archaic world views than they would like to be.

But one must guard against speedy judgments and assessments; the interrelationships are mostly far more complicated than one thinks. It is not therefore so easy to say what is modern or resolved and what is naïve or at least no longer contemporary. Yesterday's positions can be tomorrow's guidelines, and this too is a variation of the topic of the passing of time. I have no forecast for the future but it seems to me that, in a time of methodological unshackling of jurisprudence, it is imperative to erect a few signposts and provide some simple advice. The most important piece of advice is that finding the law cannot take place independently of normative meanings and the meaning of norms is first of all what these norms themselves *say*. This piece of advice can also be described as the *limits of literal*

21 Siehe dazu *W. Hassemer*, wonach „die juristische Methodenlehre eine Lehre nicht des Findens, sondern des Begründens von richterlichen Entscheidungen unter dem Gesetz ist“ (Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, S. 218). Hassemer beschreibt die Funktion der juristischen Methode so, „dass die Darstellungsphase ihre regulierenden Schatten auch auf die Phase der Herstellung wirft“ (ebd.). Zur Unterscheidung von Herstellung und Darstellung s. auch *H.-J. Koch* und *H. Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986 sowie *J. Bung*, *Subsumtion und Interpretation*, 2004.

22 Siehe dazu etwa *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5., rev. Aufl. (Studienausgabe), Tübingen 1980, S. 444 ff.

21 See on this *W. Hassemer*, who writes that “legal methodology is not a theory of finding but instead a theory of judicial decision-making under the law” (die juristische Methodenlehre eine Lehre nicht des Findens, sondern des Begründens von richterlichen Entscheidungen unter dem Gesetz ist) (Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, p. 218). Hassemer describes legal method as working so that “the portrayal phase also casts its regulating shadows over the creation phase” (dass die Darstellungsphase ihre regulierenden Schatten auch auf die Phase der Herstellung wirft) (ibid.). On the distinction between creation and portrayal, see also *H.-J. Koch* and *H. Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, Munich 1982, U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986 and *J. Bung*, *Subsumtion und Interpretation* (Subsumtion and Interpretation), 2004.

22 See on this for example, *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th revised edition (study edition), Tübingen 1980, p. 444 et seq.

Wortlautgrenze bezeichnen, aber ich habe diesen Begriff vermieden, weil man ihn kaum verwenden kann, ohne sich damit zugleich ein halbes Diskursuniversum einzuhandeln. Kluges und Raffiniertes ist gerade in letzter Zeit über das Problem der Wortlautgrenze geschrieben worden.²³

Von der modernen Sprachphilosophie haben wir viele entscheidende Dinge gelernt, und das hat dazu geführt, dass wir tatsächlich nicht mehr so unschuldig und ohne weiteres von Bedeutungen ausgehen. Die meisten sind nämlich viel weniger naiv, als es Grasnick und andere Autoren unterstellen. Die moderne Sprachphilosophie hat uns vor allem zwei Lektionen aufgegeben: Bedeutungen sind nicht in der Welt und Bedeutungen sind nicht im Kopf. Die zweite These, die der amerikanische Philosoph Hilary Putnam vortragen hat²⁴, ist leicht einzusehen, denn was jemand sagt, hängt nicht nur davon ab, was er meint, sondern auch von dem, was sich um ihn herum abspielt. Es ist eine Fehlvorstellung, man könnte irgendetwas Bestimmtes meinen, ohne dass einen dabei bestimmte Unterschiede aus der Umgebung etwas angingen. Aber auch in diesen Unterschieden ist keine eindeutige Bedeutung zu finden, wie das berühmte Gedankenexperiment von W. V. O. Quine zur radikalen Übersetzung klar gemacht hat.²⁵ Nichts garantiert, dass alle die Welt auf die gleiche oder auch nur eine ähnliche Weise sehen, also können die Bedeutungsunterschiede auch nicht einfach „da draußen“ liegen. In uns selber aber können sie auch nicht liegen – also wo sind sie dann zu finden?

meaning argument, but I have avoided this term because it can hardly be applied without at the same time landing oneself with a vast amount of discourse. Recently there have been some clever and refined contributions on the problem of the limits of literal meaning.²³

We have learnt many vital things from the modern philosophy of language, and that has led to a situation where we actually are no longer so innocent and do not proceed from meanings without any further thought. Most people are, in fact, far less naïve than Grasnick and other authors assume. Above all, the modern philosophy of language has taught us two lessons. Meanings are not always to be found in the world and are not in one's mind. The second thesis, put forward by the American philosopher Hilary Putnam²⁴, is easy to grasp; this is because what a person says depends not only on what he or she means but also on what is happening around him or her. It is a misconception that one could mean something definite without in the process to some extent being concerned by specific differences arising from the environment around us. But there is not even any clear meaning to be found in these distinctions, as W. V. O. Quine's famous thought experiment on radical translation clearly demonstrated.²⁵ Nothing guarantees that everyone sees the world in the same or even a similar way, so differences in meaning cannot simply lie "out there". But equally they cannot lie within us, so where are they to be found?

23 Siehe insbes. R. Christensen und H. Kudlich, Wortlautgrenze: Spekulativ oder pragmatisch, ARSP 2007, S. 128 ff.

24 Vgl. H. Putnam, Die Bedeutung von „Bedeutung“, Frankfurt am Main 1990, 2. Aufl., S. 31 ff.

25 Vgl. Quine, Wort und Gegenstand, Stuttgart 1980, S. 59 ff.

23 See in particular R. Christensen and H. Kudlich, Wortlautgrenze: Spekulativ oder pragmatisch (Limits of Literal Meaning – Speculative or Pragmatic?), ARSP 2007, p. 128 et seq.

24 Cf. H. Putnam, The Meaning of Meaning (Die Bedeutung von „Bedeutung“), Frankfurt am Main 1990, 2nd. edition., p. 31 et seq.

25 Cf. Quine, Word and Object, Cambridge Mass. 1960, p. 26 et seq.

Hier sehen wir, wie sich der Gedankengang wieder den einleitenden Überlegungen zur Problematik der Ontologie und zur Kritik an der Metapher des Findens annähert. Man möchte die Probleme wegwischen mit der Auskunft, der ganze Ansatz sei falsch, es gebe da schlichtweg nichts zu finden. Wo nichts ist, könne auch nichts gefunden werden. Und das scheint für viele auch der einzige nicht naive Zugang zum Recht zu sein, das nicht über feste Bedeutungen transportiert, sondern in der richterlichen Bedeutungserfindung allererst fabriziert wird. Bemerkenswerterweise haben jedoch alle Spekulationen über die ontologische Abwesenheit von Bedeutungen nicht dazu geführt, dass wir die Bedeutungen losgeworden sind. Dass Bedeutungen weder in der Welt noch im Kopf sind, bedeutet nicht, dass sich die Frage nach ihnen erledigt hätte. Das Paradox der Ontologiekritik besteht darin, dass man die Existenz bestimmter Dinge nicht bestreiten kann, ohne damit eine (nach eigenen Maßstäben) fragwürdige Ontologisierung der eigenen Ontologiekritik zu betreiben.

Deswegen sollten wir endlich ein weniger neurotisches Verhältnis zur Rechtsontologie bekommen. Wir sollten in der Frage der Rechtsfindung kein sachliches Problem darin sehen, den Umgang mit dem Recht zuallererst einmal auf die Bedeutung des Gesetzes zu beziehen, auch wenn wir sie noch nicht kennen, und also erst herausfinden und erkennen müssen. Wir sollten jedenfalls einsehen, dass die Rede von Rechtsfindung, Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung kein Skandal ist; und wir sollten vor allem daran festhalten, dass es die vordringliche Aufgabe einer rechtsstaatlichen Jurisprudenz ist, Rechtsfindung so zu praktizieren, dass Rechtsnormen in Übereinstimmung mit dem zur Anwendung gebracht werden, *was sie selbst besagen*.

Here we see how the line of thought once more approaches the introductory considerations on the issue of ontology and criticism of the metaphor of finding. It would be desirable to wipe away the problems with the information that the whole approach was wrong and that there is absolutely nothing to be found there; if there's nothing there, nothing can be found either. And for many people that also seems to be the only non-naïve way into the law, which is not conveyed via fixed meanings but instead first of all cobbled together in judicially invented meaning. Remarkably, however, all speculation over the ontological absence of meanings has not led to us being freed from meanings. The fact that meanings are neither in the world nor in our minds does not mean that the search for them has been finished. The paradox of criticism of ontology is that the existence of certain things cannot be disputed without thereby embarking on a – by one's own standards – dubious ontologisation of one's own criticism of ontology.

Therefore we should ultimately arrive at a less neurotic relationship with legal ontology. In finding the law we ought not to see any objective problem in dealing with the law first of all in terms of the meaning of legislation, even if we are not yet familiar with it and so must find and recognise it. We should at any rate appreciate that talk of finding, recognising and application of the law is not a scandal and we ought above all to hold on to the idea that the most urgent priority of jurisprudence under the rule of law is to practice finding the law in such a way that legal norms are applied in accordance with *what they themselves say*.