



DISSERTATION | DOCTORAL THESIS

Titel | Title

Analogie im Verwaltungsrecht

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Johannes Igler

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt | Field of
study as it appears on the student record
sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von | Supervisor:

Univ.-Prof. i.R. Dr. Dr. Michael Potacs

Inhaltsverzeichnis

ERSTER TEIL

I.	Einleitung	1
A.	Problemstellung	1
B.	Verlauf der Untersuchung	4
C.	Methode der Begriffsbildung	6
II.	Begriffsbestimmungen und methodologische Position	8
A.	Rechtliche Methodenlehre	8
B.	Rechtliche Methoden	9
C.	Rechtliche Rationalität	12
1.	Einleitung	12
2.	Rationalität und Logik	13
3.	Rechtliche Argumente	16
4.	Analogische Argumente	17
D.	Rechtsbegriff	19
1.	Einleitung	19
2.	Normativität	20
a.	Normativität als besondere Eigenschaft	21
b.	Formale und robuste Normativität	22
3.	Regeln, Normen und Prinzipien	23
5.	Rechtsquellen	28
6.	Theoretische Uneinigkeit	30
7.	Koordinierungsthese	32
8.	Rechtliche Anordnungen	33
E.	Sprachliche Kommunikation	35
1.	Kommunikation	35
a.	Das Kodierungsmodell	36
b.	Das Inferenzmodell	38
2.	Explizite und implizite Kommunikation	40
3.	Die Semantik-Pragmatik Unterscheidung	42
4.	Pragmatische Prinzipien	45
F.	Methoden der Rechtsauslegung	47
1.	Rechtsinterpretation und Kommunikation	47
2.	Unterdeterminierung der rechtlichen Sprache	48
3.	Semantische und pragmatische Indizien	50
4.	Zusinnbarkeitskriterien	52
5.	Traditionelle Auslegungsmethoden	54
G.	Zusammenfassung der methodologischen Position	57

III. Rechtslücke und rechtliche Analogie	59
A. Einleitung	59
B. Die Rechtslücke	60
1. Sprachgebrauch	60
2. Theoriegeschichte.....	62
3. Lückenbegriffe	63
a. Reine Rechtslehre	63
b. Wertungsjurisprudenz.....	66
c. Regelungslücke.....	69
d. Technische Lücke	72
e. Semantische Lücke	77
C. Die rechtliche Analogie.....	79
1. Sprachgebrauch	79
2. Theoriegeschichte.....	80
3. Begriffliche Kriterien	84
a. Relevante Ähnlichkeit	84
b. Überschreitung des Wortlauts	86
c. Lückenfüllung.....	88
i. Schließen von Regelungslücken.....	89
ii. Schließen von technischen Lücken.....	91
iii. Schließen von semantischen Lücken.....	92
D. Zusammenfassung und Begriffsbestimmung.....	95
IV. Analogie im Verwaltungsrecht.....	98
A. Einleitung	98
B. Allgemeine und rechtliche Kommunikationspraxis.....	100
1. Linguistische Verantwortung	100
2. Linguistische Verantwortung im Recht.....	103
C. Positivrechtliche Aspekte.....	107
1. Begriff der positivrechtlichen Auslegungsregel.....	107
2. Die Semantik in der österreichischen Rechtsordnung.....	110
a. Publikationsvorschriften.....	110
b. Legalitätsprinzip	117
c. Gleichheitsgrundsatz	121
d. Nulla poena sine lege.....	124
e. Auslegungsregeln des ABGB.....	127
D. Semantik und Verwaltungsrecht	131
1. Einleitung	131
2. Begriff und Funktion des Verwaltungsrechts.....	132
3. Erscheinungsformen der Verwaltung.....	138
4. Vorrang der Semantik im Verwaltungsrecht.....	140
E. Zusammenfassung und Synthese	146

ZWEITER TEIL

V.	Einleitung der Judikaturanalyse	153
VI.	Analogiebegriff.....	155
A.	Abweichen vom Wortlaut	155
B.	Relevante Ähnlichkeit.....	158
C.	Rechtslücke	160
1.	Regelungslücke	160
2.	Technische Lücke.....	162
3.	Semantische Lücke.....	164
D.	Zusammenfassung und Bewertung	168
VII.	Analogiebildung	172
A.	Allgemeines.....	172
B.	Grundsatz der Auslegungstreue.....	173
C.	Systematik	177
D.	Teleologie.....	180
E.	Historische Erwägungen	181
F.	Zusammenfassung und Bewertung	183
VIII.	Analogie und Erscheinungsformen der Verwaltung	188
A.	Allgemeines.....	188
B.	Verwaltungsstrafrecht	190
C.	Eingriffsverwaltung.....	193
D.	Leistungsverwaltung	196
E.	Verfahrensrecht	199
F.	Zusammenfassung und Bewertung	202
IX.	Resümee	205
	Literaturverzeichnis	210

ABSTRACT:

Weit verbreitet und intensiv erforscht ist die rechtliche Analogie vor allem im Privatrecht. Im Bereich des öffentlichen Rechts findet die Methode des Analogieschlusses jedoch weit weniger Beachtung. Der Grund für die Zurückhaltung der öffentlich-rechtlichen Lehre, ist ein nach wie vor verbreitetes Misstrauen gegenüber der generellen methodischen Zulässigkeit rechtlicher Analogien. Die öffentlich-rechtliche Rechtsprechung, insbesondere die der Verwaltungsgerichtsbarkeit, spiegelt diese kritische Einstellung bis zu einem gewissen Grad wider, wenngleich die grundsätzliche Zulässigkeit des Analogieschlusses bejaht wird.

Diese Arbeit widmet sich dem theoretischen Spannungsfeld zwischen der Analogie-Rechtsprechung des VwGH und rechtstheoretischen Analysen der rechtlichen Analogie. Dabei setzt sie sich mit verschiedenen in der Literatur vertretenen Konzeptionen des rechtlichen Analogieschlusses auseinander und bewertet diese aus dem Blickwinkel einer „kommunikationstheoretischen“ Theorie der rechtlichen Interpretation. Es wird für die Anwendung eines Analogiebegriffes plädiert, der mit den Kriterien dieser Interpretationslehre vereinbar ist. Anschließend werden Grenzen und sonstige inhaltliche Vorgaben der Anwendung rechtlicher Analogien im Verwaltungsrecht aus rechtstheoretischer Perspektive untersucht. Zuletzt erfolgt eine Analyse der einschlägigen Rechtsprechung des VwGH, wobei der Fokus auf dem Vergleich mit den zuvor dargestellten Konzepten liegt.

ERSTER TEIL

I. Einleitung

A. Problemstellung

Ein VwGH-Erkenntnis vom 03.11.1978 hält, zusammenhängend mit der Frage nach der Existenz einer Rechtslücke im Bereich des Verwaltungsrechts, folgendes fest:

„[...] das bürgerliche Recht [ist] grundsätzlich die gesamten Privatrechtsbeziehungen der Menschen untereinander zu regeln bestrebt [...] sodass auftretende Gesetzeslücken im Zweifel als unbeabsichtigt angesehen werden können. Anders ist es nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes jedoch im Bereiche des öffentlichen Rechtes, im besonderen des Verwaltungsrechtes, welches schon der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist, sodass eine auftretende Rechtslücke im Zweifel als beabsichtigt [...] angesehen werden [muss][...].“¹

Zwei Grundgedanken werden durch die zitierte Passage vermittelt: Erstens verleiht der VwGH einer generellen Skepsis gegenüber lückenfüllender Methodik Ausdruck. Er geht dabei von der Existenz einer Zweifelsregel gegen die Anwendung eines Analogieschlusses auf verwaltungsrechtliche Vorschriften aus.² Zweitens konstatiert er, dass bei der Auslegung des bürgerlichen Rechts ein der Analogie gegenüber offenerer Ansatz verfolgt werden könne. Die von ihm vorgeschlagene analogie-kritische Herangehensweise sei lediglich im Zuge der Auslegung des öffentlichen bzw. des Verwaltungsrechtes geboten.

Weshalb aber sieht der VwGH eine solch grundlegende methodische Differenzierung als geboten an? Das zitierte Erkenntnis bietet auf diese Frage zumindest ansatzweise eine Antwort. Durch den Hinweis auf unterschiedliche Zielsetzungen der gegenständlichen Rechtsgebiete wird implizit auf die vom VwGH in anderen Entscheidungen ausdrücklich erwähnte „immanente Teleologie“³ der beiden Rechtsgebiete Bezug genommen. Dem bürgerlichen Recht wohnt demnach ein umfassender Regelungsanspruch inne, welcher „die

¹ VwGH 03.11.1978, 0970/75; siehe auch bei VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050; 08.09.1998, 96/08/0207; 30.09.1994, 93/08/0254; 24.09.1982, 82/08/0139.

² Näheres dazu bei *Potacs*, Auslegung im Öffentlichen Recht: Eine vergleichende Untersuchung der Auslegungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (1994) 190 ff.

³ VwGH 31.07.2020, Ra 2020/11/0086.

gesamten Privatrechtsbeziehungen der Menschen“⁴ normativ erfassen will. Das Verwaltungsrecht hingegen sei lediglich dazu bestimmt, „einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses“⁵ zu regulieren. Demnach sei bei der Anwendung von Analogien im Verwaltungsrecht Vorsicht geboten.

Mit diesem „materienbezogenen“ Ansatz greift der VwGH eine wichtige Frage innerhalb der juristischen Methodenlehre auf: Ist bei der Auslegung und Anwendung einer Rechtsvorschrift auf deren Zugehörigkeit zu einem bestimmten Rechtsgebiet zu achten?⁶ Gemessen an dem obigen Zitat scheint der VwGH eine bejahende Haltung gegenüber einer solchen methodischen Unterscheidung einzunehmen. Seine Meinung ähnelt oberflächlich betrachtet der Annahme Franz Bydlinskis, wonach „das Festhalten am [...] Wortlaut [...] vor allem geboten sein [wird], wenn die [...] Zielsetzung des Gesetzes [...] darauf gerichtet war [...] feste und leicht erkennbare Abgrenzungen zu schaffen“⁷.

Die zurückhaltende Position des VwGH gegenüber dem Begriff der Rechtslücke kann nur im Licht seiner Rechtsprechung zum methodischen „Vorrang der Wortinterpretation“⁸ verstanden werden. Die Rechtslücke ist nach herrschender Lehre⁹ die wichtigste Voraussetzung für die Anwendung eines Analogieschlusses, welcher wiederum definitionsgemäß eine über den Wortlaut hinausgehende Art der Rechtsauslegung bzw. Rechtsanwendung darstellt.¹⁰ Die Zweifelsregel kann demnach als das logische Resultat der Wortlautpriorität gedeutet werden.

Einen weiteren zugespitzten Ausdruck erfährt die Wortlautjudikatur des VwGH in seinem grundsätzlichen Bekenntnis zur „Klarheitsregel“¹¹ (*in claris non fit interpretatio*). Folgendes Zitat verdeutlicht dabei den logischen Zusammenhang von wortlautgetreuer und analogieskeptischer Auslegung:

⁴ VwGH 03.11.1978, 0970/75.

⁵ Ebenda.

⁶ Grundlegend dazu siehe F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2011) 593 ff; Rill, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, 577 (589 f).

⁷ F. Bydlinski, Methodenlehre² 603.

⁸ VwGH 08.11.1995, 92/12/0010.

⁹ Siehe dazu die Nachweise in Kapitel III.

¹⁰ In VwGH 03.09.1987, 86/16/0050 wird die Analogie als „Auslegung des Gesetzes, die sich vom Wortlaut [...] entfernt“ bezeichnet; VwGH 30.04.1992, 92/02/0103 grenzt die Analogie von Auslegungsformen ab die „noch im Wortlaut des Gesetzes eine Stütze finden“.

¹¹ Siehe dazu Potacs, Auslegung 58 ff.

„Bei der Auslegung von Rechtsvorschriften ist von deren Wortlaut auszugehen. Nur dann, wenn die Ausdrucksweise der Rechtsvorschrift zweifelhaft ist, muß [sic!] die ABSICHT des Gesetzgebers erforscht werden, darf also iSd § 7 ABGB vorgegangen werden.“¹²

Die Klarheitsregel scheint zwar durch andere Entscheidungen des VwGH relativiert zu werden.¹³ Insgesamt lässt sich aber feststellen, dass die Interpretation einer Rechtsvorschrift gemäß der Wort- und Satzbedeutung nach dem „allgemeinen Sprachgebrauch“¹⁴ für den VwGH „von besonderem Gewicht“¹⁵ ist. Leicht verständlich wird dadurch auch seine Präferenz für die Anwendung eines Umkehrschlusses an Stelle einer vom Wortlaut abweichenden Interpretation.

Da der Analogieschluss definitionsgemäß die sogenannte „Wortlautgrenze“ übertritt, ergibt sich ein gewisses Reibungspotential mit dem methodisch oftmals angenommenen „Vorrang der Wortinterpretation“¹⁶. Für bestimmte Rechtsbereiche wird diesem Widerspruch mittels eines Analogieverbots entgegengetreten.¹⁷ In anderen verwaltungsrechtlichen Teilgebieten erscheint eine strenge Bindung an den Wortsinn¹⁸ aber fraglich.

Das zitierte Erkenntnis des VwGH lässt vermuten, dass für den Bereich des Verwaltungsrechtes im Zweifel bloß jene normativen Konsequenzen als beabsichtigt anzusehen sind, die im Rahmen des Wortlauts der auszulegenden Rechtsvorschrift liegen. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, diese These im Hinblick auf ihren rechtstheoretischen Gehalt zu untersuchen. Dafür muss zunächst der Analogiebegriff präzisiert und dessen Beziehung zu „wortlautgetreuen“ Interpretationsmethoden aufgeschlüsselt werden. Insbesondere ist zu klären, welche Rolle die konventionellen Regeln semantischer Bedeutungen (bzw. des Wortlauts) bei der Auslegung und Anwendung des

¹² VwGH 30.10.1969, 1444/69; Vgl dazu eine jüngere Entscheidung zur Klarheitsregel VwGH 14.06.2021, Ra 2019/17/0067.

¹³ ZB VwGH 19.04.1977, 1596/76: „Die Auslegung eines Gesetzes darf richtigerweise nicht am bloßen Wortlaut einer einzelnen Bestimmung haften bleiben, sie hat den Sinn des Gesetzes vielmehr aus dem Zusammenhang aller seiner Bestimmungen zu erforschen und aus diesem Zusammenhang heraus allfällige Lücken des Gesetzes, und zwar auch sogenannte ‚unechte‘ Lücken zu ergänzen.“

¹⁴ VwGH 14.06.2021, Ra 2019/17/0067; Der Begriff des *allgemeinen Sprachgebrauchs* wird in der gegenwärtigen Methodenlehre auf unterschiedliche Weise verwendet. Näheres dazu unten bei II.E.3.

¹⁵ *Potacs*, Auslegung 69.

¹⁶ VwGH 08.11.1995, 92/12/0010.

¹⁷ Siehe dazu unten IV.C.3.d. sowie VIII.B.

¹⁸ *Wortsinn* und *Wortlaut* werden im weiteren Verlauf dieser Arbeit synonym verwendet.

Verwaltungsrechts spielen sollten. Dabei ist auch von besonderem Interesse, wie sich die wortlautgetreue Haltung des VwGH auf dessen weitere analogiebezogene Rechtsprechung auswirkt.

Die leitenden Fragen dieser Arbeit lauten daher:

1. Wie wird der Begriff der rechtlichen Analogie in der rechtsmethodischen Literatur verwendet, und wie sollte er im Licht einer plausiblen Auslegungstheorie verstanden werden?
2. Ist die Anwendung des rechtlichen Analogieschlusses innerhalb des Verwaltungsrechts besonderen methodischen Voraussetzungen unterworfen?
3. Welche begrifflichen Kriterien des rechtlichen Analogieschlusses liegen der Rechtsprechung des VwGH zugrunde?
4. Welche methodischen Anforderungen stellt der VwGH an die Bildung rechtlicher Analogieschlüsse, insbesondere in verschiedenen Bereichen des Verwaltungsrechts?

B. Verlauf der Untersuchung

Das grundsätzliche Bestreben dieser Arbeit ist zweigeteilt: zum einen soll sowohl der Analogie- als auch der Rechtslückenbegriff analysiert und definiert werden (erster Teil, Kapitel II. bis Kapitel IV.) und zum anderen soll eine möglichst umfassende Darstellung der analogie- und rechtslückenbezogenen Rechtsprechung des VwGH gegeben werden (zweiter Teil, Kapitel V. bis VIII.).

Der erste Teil dieser Arbeit befasst sich daher mit der Ausarbeitung eines rechtsmethodischen Vorschlags zur detaillierten inhaltlichen Bestimmung der Begriffe der Rechtslücke und der Analogie. Insbesondere werden die theoretischen Grundlagen des rechtlichen Analogieschlusses sowie des damit eng verbundenen Begriffs der Rechtslücke verständlich gemacht. Ein spezieller Fokus wird zudem auf das Verhältnis der rechtlichen Interpretationslehre zu den verschiedenartigen Begriffsverständnissen der rechtlichen Analogie gelegt.

Ganz am Anfang des ersten Teils stehen dementsprechend allgemeine wissenschafts- und rechtstheoretische Ausführungen sowie grundlegende Begriffsbestimmungen (Kapitel II.). Zunächst wird erläutert, welches Ziel die Disziplin der juristischen

Methodenlehre verfolgt und wie ihr Verhältnis zum Begriff der rechtlichen Analogie beschrieben werden kann (Kapitel II.A., II.B. und II.C.).

Anschließend wird der dieser Arbeit zugrundeliegende Rechtsbegriff erläutert (Kapitel II.D.). Das Recht wird demgemäß als menschengemachtes und zu einem bestimmten Zweck eingesetztes Phänomen beschrieben. Im Anschluss daran wird eine dem vorangegangenen Rechtskonzept entsprechende Interpretationslehre erarbeitet (Kapitel II.E. und II.F.). Die Ausführungen über den Rechtsbegriff und die Interpretationslehre können in diesem Rahmen keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit und theoretische Innovation erheben. Es soll vorrangig um die kompakte Zusammenführung zuvor entwickelter Theorien gehen.

Nach der Erarbeitung jener Grundlagen werden in einem nächsten Schritt einflussreiche rechtstheoretische Ansätze in Bezug auf die Begriffe der *Rechtslücke* und der *rechtlichen Analogie* anschaulich gemacht (Kapitel III.). Am Ende dieses Kapitels steht insbesondere die kritische Würdigung der vorgestellten Begriffe im Hinblick auf den dieser Arbeit zugrundeliegenden Interpretationsbegriff. In weiterer Folge werden spezifische analogiebezogene Fragen, die sich im Zusammenhang mit der auslegungstheoretischen Betrachtung des Verwaltungsrechts und seiner einzelnen Erscheinungsformen ergeben, behandelt. Im Vordergrund steht hierbei die rechtliche Bewertung eines etwaig vorliegenden Vorranges der Wortlautinterpretation im Bereich des *hoheitlichen* Verwaltungsrechts (Kapitel IV.). Eine Auseinandersetzung mit dem Phänomen der *Privatwirtschaftsverwaltung* erfolgt dabei bewusst nicht. Der Fokus dieser Arbeit liegt auf jenen Rechtsbereichen, welche die Verwaltung zur Vornahme hoheitlicher Akte (in eingreifender oder leistender Form) ermächtigen.

Der zweite Teil dieser Arbeit widmet sich zunächst der Darstellung der analogiebezogenen Rechtsprechung des VwGH. Das Ziel ist es, deutlich zutage kommende Tendenzen und rote Fäden der Rechtsprechung des VwGH aufzuzeigen. Ergänzend erfolgt jeweils eine Bewertung auf Grundlage der im ersten Teil erarbeiteten Überlegungen.

An erster Stelle steht in diesem Sinne die Besprechung der (anhand der Rechtsprechung erkennbaren) begrifflichen Analogievoraussetzungen des VwGH (Kapitel VI.). Es folgt daraufhin eine Analyse jener Kriterien, welche der VwGH bei der Bewertung der Zulässigkeit eines Analogieschlusses heranzieht (Kapitel VII.). Im Anschluss daran wird untersucht, inwiefern der VwGH bei der Bildung rechtlicher Analogieschlüsse methodische

Unterschiede hinsichtlich der einzelnen verwaltungsrechtlichen Teilgebiete macht (Kapitel VIII.).

Abschließend wird ein zusammenfassendes Resümee gezogen.

C. Methode der Begriffsbildung

Der analytische Philosoph Chalmers versucht in seinem Artikel „Verbal Disputes“¹⁹ einer geläufigen Intuition Ausdruck zu verleihen. Bestimmte wissenschaftliche Diskurse drehen sich mehr um formale Angelegenheiten der Sprache als um faktische Inhalte. Die Parteien einer sogenannten *verbalen Streitigkeit* („verbal dispute“) scheinen sich in Bezug auf die Annahme widersprechender faktischer Angelegenheiten nicht uneins zu sein, vielmehr herrscht Uneinigkeit über die korrekte Verwendung der Sprache.²⁰ Chalmers schlägt demnach folgende Definition *einer verbalen Streitigkeit* vor:

Eine Streitigkeit über S ist verbal, insofern die betroffenen Parteien bezüglich eines Ausdruckes T in S sich uneinig über die Bedeutung von T sind und die Streitigkeit über S ausschließlich in der Uneinigkeit über die Bedeutung von T begründet ist.²¹

Auch der Diskurs über rechtswissenschaftliche Begriffe birgt die Gefahr einer verbalen Streitigkeit. Insbesondere gibt es Anzeichen dafür, dass die rechtstheoretische Diskussion rund um den Begriff der rechtlichen Analogie in vielen Fällen verbaler Natur ist.²² Selbiges gilt für die wissenschaftliche Debatte über den eng mit der rechtlichen Analogie verknüpften Begriff der Rechtslücke. Ehrlich hielt etwa schon im Jahr 1888 fest, dass „der Ausdruck ‚Lücken im Rechte‘ [...] in ganz verschiedenen Sinne genommen“²³ werden kann. Auch Zitelmann bezeichnet in einem Artikel aus dem Jahr 1903 den Lückendiskurs als einen sogenannten „Ausdrucksstreit“²⁴. Ein einflussreiches Lehrbuch der kontemporären Rechtstheorie äußert, dass der Rechtslückenbegriff „in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich verwendet [wird]“ und seine „Kriterien und Grenzen“ somit „oft unklar

¹⁹ Chalmers, Verbal Disputes, Philosophical Review 120 (2011) 515.

²⁰ Chalmers, Philosophical Review 120 (2011) 515.

²¹ Chalmers, Philosophical Review 120 (2011) 522. Übersetzung durch den Autor.

²² Siehe dazu unten III.A.

²³ Ehrlich, Über Lücken im Recht, JBl 1888, 447.

²⁴ Zitelmann, Lücken im Recht: Rede, gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, am 18. Oktober 1902 (1903) 9.

[sind]“²⁵. Nicht zuletzt weist auch Kramer darauf hin, dass es mittlerweile eine „verwirrende Fülle von Lückenkategorien“²⁶ gibt.²⁷

Die vorliegende Arbeit will es demnach vermeiden, sich an rein verbalen Streitigkeiten rund um die Begriffe der rechtlichen Analogie und der Rechtslücke zu beteiligen.²⁸ Vielmehr sollen sprachbezogene Uneinigkeiten klärend beseitigt und faktische Inhalte in den Mittelpunkt gestellt werden.²⁹

Um dieses Ziel zu erreichen, soll vorab an die relative Willkür erinnert werden, die mit der Auswahl eines wissenschaftlichen Begriffes einhergeht. So stellt auch schon Canaris fest, „daß [sic!] es für die Bildung juristischer Begriffe in vielen Fällen keine festen Regeln in dem Sinne gibt“³⁰. Weiters stellt er fest, „daß [sic!] eine Terminologie [nicht] als ‚richtig‘ oder ‚falsch‘ bezeichnet werden könnte.“³¹ Sinnvoll ist es daher, die verschiedenen theoretischen Spielarten eines Begriffes mit der gemeinsprachlichen Bedeutung eines Begriffes abzugleichen.³² Für Canaris etwa stellt der konventionelle Gebrauch eines Begriffes den notwendigen Rahmen für dessen Verwendung dar.³³

Nicht zuletzt muss im Zuge der Bewertung verschiedener Bedeutungen eines Begriffes nach der jeweils zu erfüllenden Funktion des Begriffes im konkreten Kontext gefragt werden. Die Funktion eines Begriffes kann dabei mit Canaris als „die besondere Aufgabe“, welche ein Begriff „zu erfüllen hat“³⁴, verstanden werden. Jene funktionale Perspektive soll im Folgenden der wichtigste Wegweiser bei der Analyse verschiedenartiger Verwendungsarten eines Begriffes sein.

²⁵ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie: und juristische Methodenlehre¹¹ (2020) 521-522.

²⁶ Kramer, Juristische Methodenlehre⁶ (2019) 216.

²⁷ Vgl auch Hemke, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht (2006) 42; Klug, Rechtslücke und Rechtsgeltung, in FS Nipperdey (1965) 71 (93), meint dazu: „Es gibt keinen absoluten Lückenbegriff. Maßgebend sind die jeweiligen Definitionen.“

²⁸ Auch Jabloner, „Rechtskraft“ - Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in Olechowsky/Zeleny (Hrsg), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 307 (312), meint, „dass Disputationen über Begriffe unfruchtbar sind“.

²⁹ Vgl Chalmers, Philosophical Review 120 (2011) 517.

³⁰ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem² (1983) 15.

³¹ Canaris, Lücken 15.

³² Chalmers, Philosophical Review 120 (2011) 535-536.

³³ Canaris, Lücken 15.

³⁴ Canaris, Lücken 15.

II. Begriffsbestimmungen und methodologische Position

A. Rechtliche Methodenlehre

Der Funktion des rechtlichen Analogiebegriffs soll durch die Beantwortung wichtiger Vorfragen und die Klärung grundlegender Begriffe nähergekommen werden. Um jedoch bestimmen zu können, welche Begriffe dem rechtlichen Analogiebegriff vorausgehen, muss zunächst eine grobe vorläufige Definition desselben vorgeschlagen werden. Die rechtliche Analogie kann dabei als ein bestimmtes „Verfahren der Rechtserkenntnis“³⁵ bezeichnet werden. Sie ist also zum einen ein Verfahren bzw. eine „Vorgangsweise“³⁶, und zum anderen bezweckt sie die Erkenntnis des Rechts.

Die rechtliche Analogie ist sohin eine *rechtliche Methode*.³⁷ Sie ist „ein Verfahren zur Erreichung eines [rechtsmethodischen] Zieles“³⁸, demgemäß ein Verfahren zur Erreichung des Ziels der Rechtserkenntnis. Die rechtliche Analogie ist aber bloß eines unter mehreren anerkannten Verfahren der Rechtserkenntnis. Sie ist ein Teil der gesamten *Methodologie der Rechtserkenntnis* in dem Sinne, dass sie ein Teil der „Gesamtheit der in einem Bereich angewandten Forschungsmethoden“³⁹ ist.

Aufgrund ihrer Eigenschaft als anerkannte Methode der Rechtserkenntnis ist die rechtliche Analogie Untersuchungsgegenstand der sogenannten *rechtlichen Methodenlehre*, welche „eine Teildisziplin der allg. Wissenschaftstheorie“⁴⁰ ist. Im Rahmen der rechtlichen Methodenlehre ist der rechtliche Analogieschluss also ein Objekt der „Beschreibung, Reflexion und Bewertung“⁴¹. Die rechtliche Methodenlehre versucht dabei einen „theoretischen Begründungsrahmen für die methodische[n] Vorgehensweisen“⁴² der Rechtserkenntnis zu erarbeiten. Ihr ist diesbezüglich eine zweigeteilte Aufgabe zu eigen: Es muss der rechtlichen Methodenlehre zum einen um die *Beschreibung* eines „Ist-Zustandes“, also um die empirische Feststellung ohnehin schon angewandter rechtlicher Methoden

³⁵ Schmidt, Die Analogie im Verwaltungsrecht, VerwArch 2006, 139 (140).

³⁶ Potacs, Rechtstheorie² (2019) 202.

³⁷ Vgl. Möllers, Juristische Methodenlehre (2017) Rz 1, dem zufolge eine Methode ein „systematisches Verfahren zur Gewinnung von Erkenntnissen“ darstellt.

³⁸ Kügler, Methode/Methodologie, in Reinalter/Brenner (Hrsg.), Lexikon der Geisteswissenschaften (2011) 548.

³⁹ Kügler, Methode/Methodologie 548.

⁴⁰ Kügler, Methode/Methodologie 548.

⁴¹ Kügler, Methode/Methodologie 548.

⁴² Strübling, Qualitative Sozialforschung² (2018) 30 ff.

gehen. Zum anderen hat sie aber auch *normative Vorgaben* für das effektive Lukrieren von rechtlichem Wissen zu vermitteln.⁴³

Jene grundsätzlichen Betrachtungen der Begriffe der Methode und der Methodologie ergeben das folgende Bild der rechtlichen Analogie: Die Analogie ist eine spezifische Methode der Rechtserkenntnis und als solche dient sie dem Ziel der Generierung von rechtlichem Wissen.

B. Rechtliche Methoden

Was aber ist rechtliches Wissen? Welcher spezifischen Aufgabe und welchem Erkenntnisobjekt widmen sich die anerkannten rechtlichen Methoden?

Dickson unterscheidet in diesem Zusammenhang drei verschiedene juristische Erkenntnisfelder voneinander. Die juristische Methodik dient demzufolge entweder:

1. der Begründung einer *richterlichen Entscheidung*⁴⁴,
2. der Bestimmung des *Inhaltes positiver Rechtsnormen*, oder
3. der *Anwendung des Inhaltes positiver Rechtsnormen* auf konkrete Lebenssachverhalte.⁴⁵

Wissenschaftliche Werke der juristischen Methodenlehre heben zumeist eine jener rechtlichen Erkenntnisfelder als ihren konkreten Untersuchungsgegenstand hervor. Jabloner verweist etwa darauf, dass die „traditionelle Sichtweise“ der juristischen Methodenlehre

⁴³ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995) 64: „[Die Methodenlehre] verfährt insoweit nicht lediglich ‚deskriptiv‘, sondern auch ‚normativ‘.“; Kramer, Methodenlehre⁶ 53: „[Die] Lehre von der Methode der Rechtsanwendung [ist] in ihrem Kern [...] eine ‚normative‘, dogmatische Disziplin [...]“.

⁴⁴ Die richterliche Entscheidung steht in diesem Fall paradigmatisch für die *rechtlich gebundene Entscheidung eines Vollzugsorgans*. Siehe dazu auch Peczenik, On Law and Reason (1989) 29, welcher den Begriff des „legal decision-making“ verwendet.

⁴⁵ Siehe näheres bei Dickson, Interpretation and Coherence in Legal Reasoning, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2016) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-reas-interpret/>>. Mit ihren Worten lassen sich ein „reasoning to establish the existing content of the law“, „reasoning from the existing content [...] to the decision“ sowie ein „reasoning about the decision which a court should reach“ voneinander unterscheiden; Eine ähnliche Kategorisierung findet sich bei Halpin, Reasoning with Law (2001) 23; An anderen Stellen wird eine zweiteilige Kategorisierung vorgenommen, so etwa bei Raz, On the Autonomy of Legal Reasoning, Ratio Juris 6 (1993) 1 (2): „Legal Reasoning is reasoning either about what the law is, or about how legal disputes should be settled according to law.“; Postema, Law’s Autonomy and Public Practical Reason, in George (Hrsg), The Autonomy of Law (1999) 79, unterscheidet sohin zwischen „judicial reasoning“ und „legal reasoning“; Kramer, Methodenlehre⁶ 39 ff, unterscheidet zwischen der „Methode der Rechtsanwendung“ und der „Methode der Rechtsgewinnung“. Erstere sei die „Lehre von den Regeln, die der Interpret [...] bei der Ermittlung des Sinnes von Rechtsnormen zu beachten hat“ und letztere beschäftigt sich mit den „schöpferischen, ja strategischen Aspekte[n] der juristischen Tätigkeit“.

„funktionell darauf gerichtet [ist], den Richter zu instruieren“⁴⁶. Für Kerschner und Kehrer besteht die juristische Methodenlehre demgemäß aus der „nachvollziehbaren Darstellung [...] der richterlichen Entscheidungsfindung“⁴⁷. Ähnlich sieht dies Winfried Hassemer, welcher die juristische Methodenlehre als eine Theorie der „richterliche[n] Rechtsfindung“⁴⁸ bezeichnet. Sie solle seiner Meinung zufolge Entscheidungsregeln entwickeln, „die den Prozess der Rechtsfindung durchsichtig machen und die Bindung des Richters an das Gesetz stärken“⁴⁹. Nicht zuletzt sehen auch Rüthers, Fischer und Birk es als die besondere Aufgabe der juristischen Methodenlehre, eine „nachprüfbare Ableitungsbeziehung zwischen den zur Entscheidung herangezogenen Prämissen [...] und den Folgerungen des Richters“⁵⁰ darzustellen. Für jene Autoren ist das Erkenntnisobjekt der rechtlichen Methoden daher vorrangig die *korrekte richterliche Entscheidungsfindung*.⁵¹

Einem anderen Verständnis zufolge dienen die rechtlichen Methoden der *Bestimmung des Inhaltes positiver Rechtsnormen*.⁵² So sieht Kramer die Hauptaufgabe der juristischen Methoden darin gelegen, Vorgaben für die „Ermittlung des Sinnes von Rechtsnormen“⁵³ zu entwickeln.⁵⁴ Auch für Schick zielen juristische Methoden „auf die Erfassung des Inhalts einer Norm [...] ab“⁵⁵. Ähnlich äußert sich Reimer, wenn dieser in der „Entfaltung des [...] Regelungsgehalts der Norm“⁵⁶ die Hauptaufgabe juristischer Methoden sieht.

Begrifflich wird die Suche nach dem normativen Inhalt des positiven Rechts zumeist mit dem Inhalt des Begriffes der *Rechtsinterpretation* oder der *Rechtsauslegung* gleichgesetzt.⁵⁷ Demgemäß beschäftigt sich die juristische Methodenlehre mit jenen „Richtlinien, die dem

⁴⁶ Jabloner, Die „Zusinnung“ an den Gesetzgeber: Interpretation oder Rechtsanwendung? ZÖR 2018, 459 (471).

⁴⁷ Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang Kommentar³ (2014) §§ 6,7, Rz 2.

⁴⁸ Hassemer, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, 213.

⁴⁹ Hassemer, ZRP 2007, 218.

⁵⁰ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹¹, 409.

⁵¹ Ganz in diesem Sinne Raz, Ratio Juris 6 (1993) 4: „Legal reasoning is normally used to include any reasoning to conclusions which entail that, according to law, if a matter were before a court the court should decide thus and so (or that since it is before the court this is how it should be decided).“.

⁵² Vgl dazu Kerschner, Juristische Methodenlehre: Zur gesetzeskonformen Rechtsanwendung. Eine Streitschrift (2022) 28: „Dem Rechtsdogmatiker kommt im Allgemeinen die Aufgabe zu, den Inhalt, die Bedeutung der in einer bestimmten Rechtsordnung vorgefundenen Normen zu klären [...].“

⁵³ Kramer, Methodenlehre⁶ 39.

⁵⁴ Vgl auch Bix, Reflections on Truth in Law, Cosmos + Taxis 8 (2020) 35 (36).

⁵⁵ Schick, Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in FS Walter (1991) 625.

⁵⁶ Reimer, Juristische Methodenlehre² (2020) 253.

⁵⁷ Für Potacs, Rechtstheorie² 26, ist es demnach das Ziel der „Interpretation von Rechtsvorschriften, [...] über deren Inhalt Lehrmeinungen [zu bilden]“; Auch für Walter, Hans Kelsens Rechtslehre (1999) 25, ist es Aufgabe der Interpretation „den Inhalt einer Rechtsvorschrift festzustellen“.

Interpreten sagen, wie er sich [...] verhalten soll“⁵⁸ und „wie aus den Rechtsquellen die Normen geschöpft werden [...] meist [...] wie aus gegebenem Ausdruck [...] der maßgebende Sinn entnommen werden kann“⁵⁹.

Das Selbstverständnis der deutschsprachigen Rechtswissenschaft ist stark mit dem Begriff der Rechtsauslegung verbunden. Das kommt nicht zuletzt in dem berühmten Zitat Merkl's zum Ausdruck, wonach „die Auslegung selbst [...] nichts als Sache der Rechtswissenschaft [...] und umgekehrt [...] diese wieder nichts als Rechtsauslegung [ist]“⁶⁰.

Da es das Ziel der Rechtsinterpretation ist, den normativen Inhalt des positiven Rechts zu bestimmen, wird diese auch als „Normwissenschaft“⁶¹ oder als „normative Disziplin“⁶² bezeichnet. Die Zielsetzung rechtlicher Methoden, verstanden als Methoden der Rechtsinterpretation, besteht demnach Walter zufolge aus der Tätigkeit von „Aussagen über die Existenz und den Inhalt [positiv-rechtlicher] Normen“⁶³. Auch Winkler meint ganz in diesem Sinne, dass „die juristische oder normative Methode“ sich darin erschöpft „den Normumfang und [...] den Norminhalt in jenem Sinn [zu] verstehen, der ihm beigegeben ist“⁶⁴.

Nicht zuletzt kann unter dem Begriff der rechtlichen Methode die *Anwendung der normativen Inhalte positiver Rechtsnormen auf konkrete Lebenssachverhalte* gemeint sein. So beschreibt Franz Bydlinski den Gegenstand juristischer Methoden wie folgt:

„Ziel der juristischen Arbeit ist die bestmöglich begründete Auffindung einer Rechtsregel, die dem Problemsachverhalt näher ist als die zunächst vorfindliche positive Ausgangsnorm und die das gerade gestellte Fallproblem entscheidet.“⁶⁵

⁵⁸ Kramer, Methodenlehre⁶ 44.

⁵⁹ Schreier, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte (1927) 39.

⁶⁰ Merkl, Zum Interpretationsproblem, in Mayer-Maly/Schambeck/Grussman (Hrsg), Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften: Erster Band: Grundlagen des Rechts (1993) 63 (67).

⁶¹ Walter, Kelsens Rechtslehre 20.

⁶² Thienel, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz: Zugleich eine Kritik an Hans Alberts Konzept einer sozialtechnologischen Jurisprudenz (1991) 1.

⁶³ Walter, Kelsens Rechtslehre 20.

⁶⁴ Winkler, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in Ermacora/Koja/Winkler (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 3 (10).

⁶⁵ F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012) 18; Ähnlich Braun, Aspekte der Rechtsanwendung, ARSP 2019, 44 (45): „Normalerweise bewegt sich ein Jurist vielmehr irgendwie dazwischen. Seine Aufgabe geht typischerweise dahin, herauszufinden, was in einem bestimmten Einzelfall nach dem Maßstab der einschlägigen rechtlichen Vorgaben [...] rechtens ist.“

Für Franz Bydlinski spielt demnach die Anwendung der Inhalte positiver Rechtsnormen auf konkrete Sachverhalte eine wichtige rechtliche Rolle. In diesem Sinne kann die Rechtsanwendung als eine „Konkretisierung und Individualisierung“⁶⁶ des Inhaltes positiver Rechtsnormen verstanden werden. Ähnlich sieht dies Merkl, wenn er die Rechtsanwendung als eine Verbindung des „Recht[s] mit materiell fremden Erscheinungen“⁶⁷ beschreibt. Ziel der Rechtsanwendung ist also die normative Konjunktion einer Rechtsnorm mit einem konkreten Lebenssachverhalt.⁶⁸ Die juristische Methodenlehre reflektiert in diesem Sinne über die Zweckmäßigkeit jener Methoden, mittels welcher die Inhalte positiver Rechtsnormen „auf real auftretende Konfliktsituationen [umgelegt]“⁶⁹ werden können.

Die vorliegende Arbeit ist ein Beitrag zu jener Art der juristischen Methodenlehre, deren Betrachtungsgegenstand die Interpretation positiver Rechtsnormen ist. Zu klären ist daher, wie sich der Begriff der rechtlichen Analogie und der damit zusammenhängende Begriff der Rechtslücke in ein theoretisches System der Rechtsinterpretation einfügen lassen.⁷⁰

C. Rechtliche Rationalität

1. Einleitung

Der rechtliche Analogieschluss wurde bislang als ein Verfahren zur Gewinnung rechtlicher Erkenntnisse beschrieben. Er kann somit auch als ein erkenntnisbezogener *gedanklicher Prozess* verstanden werden. Der grundlegendste Maßstab zur Bewertung menschlicher Denkprozesse ist die Rationalität. Eng verknüpft mit dem Begriff der Rationalität sind die Konzepte der Argumentation und der Logik. Ziel dieses Abschnitts ist es, die vorläufige Definition des rechtlichen Analogieschlusses in den Kontext dieser Begriffe einzuordnen.

⁶⁶ Jabloner, Sein und Sollen: Die „Wahrheit“ der Rechtswissenschaften, in Kautek/Neck/Schmidinger (Hrsg), Wahrheit in den Wissenschaften (2015), 137 (153); Vgl dazu auch Jabloner, Erkennung und Entscheiden, in FS Neymayr (2023) 151 (152).

⁶⁷ Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in Mayer-Maly/Schambeck/Grussman (Hrsg), Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften: Erster Band: Grundlagen des Rechts (1993) 85 (113-114).

⁶⁸ Vgl auch Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹², 412: „Bei der Rechtsanwendung geht es also darum, das in generell-abstrakten „Rechtssätzen“ gefaßte [sic!], durch die Rechtsquellenlehre definierte, geltende Recht zu finden und sachgerecht auf das jeweilige Problem zu konkretisieren.“; Weinberger, Norm und Institution (1988) 182, sieht dies ähnlich: „die Staatsorgane beurteilen vorliegende Rechtsfälle nach ihrem Verständnis der Rechtsregeln, also nach dem Ergebnis ihrer Interpretationsanalyse.“

⁶⁹ Kehrner, Gesetzeskonforme Methodik (2013) 1.

⁷⁰ Bumke, Rechtsdogmatik, JZ 2014, 641 (642) bezeichnet die Reflektion über grundlegende Fragen rechtsdogmatischer Methoden als „Metarechtsdogmatik“; siehe dazu auch Potacs, Rechtstheorie² 26.

2. Rationalität und Logik

Der Begriff der Rationalität ist der Gegenstand reger philosophischer und psychologischer Diskussionen, wobei üblicherweise mehrere Bedeutungsebenen voneinander unterschieden werden. In einem weiten Sinn verweist der Begriff der Rationalität auf den *menschlichen Verstand* an sich (oftmals einfach *ratio* genannt). In einem engen Sinn wird der Begriff der Rationalität verwendet, um auf die Kriterien der *richtigen oder vernünftigen Einsetzung* des Verstandes aufmerksam zu machen.⁷¹ Demnach gibt es *Regeln*, die es erlauben, bestimmte Formen der Betätigungen des Verstandes als richtig (rational) oder falsch (irrational) zu bewerten.⁷²

Wie die *Regeln der Rationalität* inhaltlich ausgestaltet sind, ist umstritten. Anerkannt ist jedoch, dass eine bestimmte Subkategorie von Rationalitätsanforderungen bestimmte *gedankliche Handlungen*, welche auch als Schlüsse oder Schlussfolgerungen bezeichnet werden, vorschreiben. Ein Schluss (verwendete Ausdrücke sind in diesem Zusammenhang auch das Rasonieren und Inferieren; in der englischsprachigen Literatur werden zumeist die Begriffe „reasoning“ und „inferring“ verwendet) kann dabei als eine „mentale Aktivität“⁷³ beschrieben werden, die der Überbrückung von Gedanken dient.⁷⁴ Durch das Schließen werden bestimmte „Gedanken (die Konklusion) aus anderen Gedanken (den Prämissen) abgeleitet“⁷⁵. Es ist also jene Fähigkeit, die es einer Person ermöglicht, Argumente zu begreifen und zu bilden.

⁷¹ Wedgwood, The Value of Rationality (2017) 1-2.

⁷² Kieseewetter, The Normativity of Rationality (2017) 2-3.

⁷³ Kietzmann, Handeln aus Gründen als praktisches Schließen (2019) 44.

⁷⁴ Vgl. McHugh/Way, What is Reasoning, Mind 127 (2018) 167; McHugh/Way, What is Good Reasoning, Philosophy and Phenomenological Research 96 (2018) 153 (154); Worsnip, Isolating Correct Reasoning, in Jackson/Jackson (Hrsg), Reasoning: New Essays on Theoretical and Practical Thinking (2019) 129 (129-130); Nicht jede Überbrückung mentaler Einstellungen stellt bereits einen Schluss dar. Charakteristisch für das Schließen ist vielmehr, dass der Schließende im Moment des Schließens eine Vorstellung von einem bestimmten Zusammenhang zwischen Prämissen und Konklusion hat. Paul Boghossian hat in diesem Zusammenhang den Begriff der „taking condition“ (Schlusszusammenhangsvorstellung) geprägt. Danach zeichnet sich ein Schluss dadurch aus, dass der Schließende seine gedanklichen Prämissen als stützend für die gedankliche Konklusion auffasst. Für einen erfolgreichen Schluss ist es daher nicht erforderlich, dass der Schließende die Prämissen oder die Konklusion tatsächlich glaubt. Ein Schluss kann auch dann vorliegen, wenn sich die Person den Prämissen und/oder der Konklusion lediglich in einem bestimmten Maß oder bloß hypothetisch verpflichtet fühlt. Siehe dazu Boghossian, Inference, Agency, and Responsibility, in Jackson/Jackson (Hrsg), Reasoning: New Essays on Theoretical and Practical Thinking (2019) 101 (110); Boghossian, What is inference, Philosophical Studies 169 (2014) 1 (4-5); Kietzmann, Handeln aus Gründen, 46 f; Valaris, Reasoning and Mental Action, in Brent/Titus (Hrsg), Mental Action and the Conscious Mind (2023) 142 (145).

⁷⁵ Kietzmann, Handeln aus Gründen 45.

Jene Wissenschaftsdisziplin, die sich der Beschreibungen der Regeln des rationalen Schließens widmet, ist die formale Logik.⁷⁶ Sie befasst sich demnach mit der „Unterscheidung zwischen guten und schlechten Argumenten“⁷⁷. Logiker sind auf der Suche nach „allgemeingültige[n] Sätze[n]“⁷⁸, die eine Erklärung für bestimmte, als zulässig erachtete Argumente liefern. Sie versuchen dabei zu klären, was es bedeutet, dass eine Schlussfolgerung aus einer oder mehreren Prämissen folgt. Die formale Logik untersucht nicht, unter welchen Bedingungen Argumente schlechthin korrekt sind, sondern sie trachtet danach die *Form der Folgerung*⁷⁹ eines Argumentes von seinem Inhalt zu isolieren.⁸⁰ Ihr Ziel ist es, ausschließlich jene „Bedingungen, unter denen ein Argument logisch gültig ist“⁸¹, offenzulegen.⁸²

Vor diesem Hintergrund unterscheiden Logiker Argumente anhand ihrer Folgerungsstruktur, also ihrer *logischen Form*. Diese ergibt sich aus bestimmten formal-

⁷⁶ Klug, Juristische Logik (1951) 1, äußert sich dazu wie folgt: „so darf man die formale Logik denjenigen Teil der Wissenschaftslehre nennen, der die zum Aufbau irgendeiner Wissenschaft erforderlichen Schlussregeln formuliert und zugleich alles das liefert, was für eine exakte Formulierung dieser Regeln erforderlich ist. Es ist angemessen, diese Lehre formal zu nennen, weil sie angibt, wie man aus vorgegebenen Behauptungen andere nicht vorgegebene erschließen kann, ohne daß [sic!] hierbei auf die inhaltliche Bedeutung der Behauptungen Rücksicht genommen werden müßte [sic!].“; Knauff/Knoblich, Logisches Denken, in Müsseler/Rieger (Hrsg), Allgemeine Psychologie (2017) 533 (535), meinen, dass „Philosophen, die sich mit Logik befassen“ daran interessiert sind „wie vernünftiges Denken verlaufen sollte“; Vgl auch Pettigrew, Epistemic Utility and the Normativity of Logic, Logos and Episteme 8 (2017) 455 (458);

Ein derart vereinfachtes Verständnis der Verbindung zwischen rationalen Regeln und den Erkenntnissen der formalen Logik kann sich jedoch als problematisch erweisen, da die Formulierung bestimmter „Schlussregeln“ zu Schwierigkeiten führt. Näheres dazu bei Harman, Logic and Reasoning, Synthese 60 (1984) 107 (107-108); Steinberger, Consequence and Normative Guidance, Philosophy and Phenomenological Research 98 (2017) 306 (307); Siehe dazu auch Boghossian, Delimiting the Boundaries of Inference, Philosophical Issues 28 (2018) 55; McHugh/Way, Mind 127 (2018) 188.

⁷⁷ Beckermann, Einführung in die Logik⁴ (2014) 2.

⁷⁸ Sieckmann, Logik juristischer Argumentation (2020) 19.

⁷⁹ Für Beal/Logan, Logic: The Basics² (2017) 9, ist der Begriff der Folgerung das zentrale Untersuchungsobjekt der Logik: „Logical consequence is the chief concern of logic. An Argument is valid just if its conclusion is a logical consequence of its premises. Logical consequence, will be understood as an absence of counterexample, where a counterexample is a case in which all the premises are true but the conclusion not true. One of the chief concerns of logic is to figure out which cases are involved in specifying the consequence relation.“

⁸⁰ Sieckmann, Logik 18 über Formalität der Logik: „Als logische Regeln haben sie formalen Charakter, d.h. ihre Gültigkeit hängt nicht vom Inhalt der Sätze ab, um die es bei den betreffenden Argumentationen geht. Logische Folgerungen sind aufgrund der Form der Argumentation gültig.“

⁸¹ Hardy/Schamberger, Logik der Philosophie² (2018) 37.

⁸² Vgl dazu auch Walton, formal and informal logic, in Craig (Hrsg), Routledge Encyclopedia of Philosophy, <<https://www-rep-routledge-com.uaccess.univie.ac.at/articles/thematic/formal-and-informal-logic/v-1>> (Stand 2023): “Both formal and informal logic are concerned primarily with the task of evaluating arguments as correct or incorrect, according to standards. Formal logic, as noted above, works by identifying forms and proving them valid or invalid by means of some method of calculation independent of the context in which the argument was used. Applying the formal test to a real argument does involve some informal determining of what kind of argument was meant by the speaker, what it’s most precise form is, and so forth. But in informal logic such questions of interpretation are a much more central part of the task of evaluation.”

logischen Elementen, die in jedem Argument enthalten sind.⁸³ Das Zusammenspiel dieser formal-logischen Elemente entscheidet darüber, ob ein Argument als *logisch-gültig* (*formal-gültig*) oder als *logisch-ungültig* (*formal-ungültig*) zu klassifizieren ist.

Logisch gültig ist ein Argument dann, wenn die Schlussfolgerung notwendigerweise aus der oder den Prämissen folgt. Ist ein Argument hingegen logisch-ungültig, so folgt die Schlussfolgerung nicht zwingend aus den Prämissen.⁸⁴ Insofern die Prämissen eines Arguments tatsächlich wahr sind und die logische Form des Arguments gültig ist, wird dieses als ein *schlüssiges* Argument bezeichnet.⁸⁵

Des Weiteren werden Argumentformen von Logikern in zwei grundsätzliche Kategorien aufgeteilt: die des *deduktiven* und des *nicht-deduktiven* Arguments⁸⁶

Ein *deduktives Argument* zeichnet sich dadurch aus, dass seine logische Form die Folgerung seiner Konklusion notwendigerweise bedingt.⁸⁷ In einem deduktiven Argument stellen „die Prämissen zwingende Gründe für die Konklusion [dar]“⁸⁸. Ein *nicht-deduktives Argument* wiederum hat die Eigenschaft, dass dessen logische Form die Folgerung seiner Konklusion nicht notwendigerweise bedingt. Die Form eines nicht-deduktiven Arguments macht die Annahme der Konklusion bloß *wahrscheinlich* oder auf eine sonstige andere Weise rational.⁸⁹

Die formale Logik konzentriert sich in aller Regel darauf, den Eigenheiten verschiedenster Arten deduktiver Argumente auf den Grund zu gehen. Sie ist somit zumeist eine „Logik im engeren Sinne“⁹⁰. Ein klassisches Beispiel eines deduktiven Argumentes ist der sogenannte *modus ponens*:

1. Wenn p dann q
2. p
3. Also q⁹¹

⁸³ Brewer, Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy, Harvard Law Review 109 (1996) 923 (942).

⁸⁴ Beckermann, Einführung⁴ 21.

⁸⁵ Beckermann, Einführung⁴ 22.

⁸⁶ Boghossian in Jackson/Jackson 114.

⁸⁷ Beckermann, Einführung⁴ 29; Brewer, Harvard Law Review 109 (1996) 943; Novaes in Zalta/Nodelman Punkt 2.1; Weston, A Rulebook for Arguments⁵ (2017) 39.

⁸⁸ Beckermann, Einführung⁴ 29.

⁸⁹ Beckermann, Einführung⁴ 30; Novaes in Zalta/Nodelman Punkt 2; Weston, Rulebook 39.

⁹⁰ Beckermann, Logik 29.

⁹¹ Vgl. Bucher, Einführung in die angewandte Logik (1987) 87 f.

Nicht deduktive Argumente werden in der modernen analytischen Philosophie in zwei Kategorien aufgeteilt. Zum einen wird die Existenz sogenannter *induktiver Argumente* und zum anderen die Existenz sogenannter *abduktiver Argumente* angenommen.⁹²

Die Induktion, auch enumerative Induktion genannt, ist ein Argument, dessen Inhalt sich durch das Schlussfolgern von einer bestimmten statistischen Stichprobe oder einer beobachtbaren Häufigkeit von Ereignissen auf ein weiteres, vorher noch nicht bekanntes, Phänomen auszeichnet.⁹³

Die Abduktion, auch *Schluss zur besten Erklärung* genannt, ist ein Schluss, welcher der Akzeptanz einer mit maximaler Erklärungskraft behafteten Theorie dient. Um zwischen Theorien mit ähnlich hoher Erklärungskraft zu unterscheiden, werden hierbei verschiedene Bewertungskriterien wie die der Einfachheit, der Eleganz, der Einheitlichkeit, der Kohärenz und der Konsistenz herangezogen.⁹⁴

3. Rechtliche Argumente

Auch juristische Argumente weisen bestimmte Strukturen auf und sind einer logischen und argumentationstheoretischen Durchleuchtung zugänglich.⁹⁵

Ein klassischer rechtsmethodischer Anwendungsbereich logischer Erkenntnisse ist der sogenannte *juristische Syllogismus*.⁹⁶ Die Bedeutsamkeit des juristischen Syllogismus folgt aus dem Umstand, dass er von einer Vielzahl von Rechtstheoretikern als das paradigmatische Schema der Rechtsanwendung sowie der gerichtlichen Entscheidung angesehen wird.⁹⁷

⁹² Vgl. *Williamson*, *Abductive Philosophy*, *The Philosophical Forum* 47 (2016) 263 (265 f.).

⁹³ *Douven*, *Abduction*, in *Zalta* (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2021), <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/abduction/>> Punkt 1.1.; *Weintraub*, *Induction and inference to the best explanation*, *Philosophical Studies* 166 (2013) 203 (204).

⁹⁴ *Williamson*, *The Philosophical Forum* 47 (2016) 265 f.

⁹⁵ *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation* (1983) 263; *Klug*, *Juristische Logik* 5; *Lentner*, *Juristische Argumente und deren rationale Kritik*, *juridikum* 2017, 196 (196-197); *Sieckman*, *Logik* 17; *Weinberger*, *Rechtslogik*² (1989) 39.

⁹⁶ *Bäcker*, *Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?* *Rechtstheorie* 2009, 404 (406 ff); *Brewer*, *Harvard Law Review* 109 (1996) 943; *Joerden*, *Logik und Recht*, in *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie* (2021) 240 (241); *Lentner*, *juridikum* 2017, 197.

⁹⁷ *Bäcker*, *Rechtstheorie* 2009, 424, folgert, dass die Offenlegung einer juristischen Entscheidung in der Form eines juristischen Syllogismus deren Überprüfbarkeit erleichtert. Seiner Ansicht nach ermöglicht „das Zugrundelegen einer syllogistischen Struktur für den Kern des juristischen Begründens [...], die Prämissen eines Urteils klar zu erkennen“. Diese Arbeit trifft jedoch keine Aussage über die tatsächliche Verwendung juristischer Syllogismen in gerichtlichen Entscheidungen.

Der juristische Syllogismus sorgt für die Sicherstellung eines logischen Zusammenhangs zwischen rechtlichem Urteil und rechtlicher Regel.⁹⁸ Ohne jenen Zusammenhang würde die Bildung rechtlicher Urteile der Beliebigkeit verfallen und keinen rechtsbezogenen Anspruch erheben können.⁹⁹ Die ausdrückliche Formulierung eines rechtlichen Arguments erlaubt es dabei, ein rechtliches Urteil gezielt zu kritisieren und Fehler aufzuzeigen.¹⁰⁰

Auch nicht-deduktive Argumente, wie der Schluss zur besten Erklärung, finden rege Anwendung in der Jurisprudenz. So verfahren alle rechtskonzeptbezogenen Theoriebildungen mittels abduktiver Schlüsse. Theorien des Rechts stellen nämlich Erklärungsversuche für evidente Rechtsphänomene dar.¹⁰¹ Ebenso spielt die Abduktion in der Beurteilung rechtlich relevanter Sachverhalte und den damit verbundenen Beweisfragen eine wichtige Rolle. Nicht zuletzt aber wird der Schluss zur besten Erklärung in der Rechtsinterpretation angewandt, da deren Ziel ein sinnvoller Rückschluss auf den Inhalt einer Rechtsnorm anhand spezifischer Kriterien ist.¹⁰²

4. Analogische Argumente

Vielfach wird die rechtliche Analogie als Form eines nicht-deduktiven Arguments angesehen. Mit dem rechtlichen Analogiebegriff werden sohin Teile des *argumentationstheoretischen Analogiebegriffs* übernommen.¹⁰³

Der argumentationstheoretische Analogiebegriff bezieht sich auf ein nicht-deduktives Argument, das in weiterer Folge mit dem Ausdruck „*analogisches Argument*“ betitelt werden soll.¹⁰⁴ Analogische Argumente versuchen auf bestimmte Art und Weise die Annahme ihrer Konklusion plausibel zu machen. Die genaue formale Ausgestaltung analogischer Argumente ist jedoch umstritten und Thema anhaltender wissenschaftlicher Diskussionen.¹⁰⁵

⁹⁸ Vgl. *Maccormick*, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (2005) 32.

⁹⁹ *Alexy*, *Argumentation* 275.

¹⁰⁰ *Alexy*, *Argumentation* 283.

¹⁰¹ Näheres dazu bei *Lamond*, *Methodology*, in: Tasioulas (Hrsg.), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law* (2020) 17.

¹⁰² *Askeland*, *The potential of Abductive Legal Reasoning*, *Ratio Juris* 33 (2020) 66 (67); *Lentner*, *juridikum* 2017, 203; Näheres dazu unten bei II.F.4.

¹⁰³ *Grabau*, *Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation* (1993) 92.

¹⁰⁴ *Bartha*, *Analogy and Analogical Reasoning*, in: Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/reasoning-analogy/>>.

¹⁰⁵ Dazu etwa *Bartha* in Zalta: “[...] the proper characterization of analogical arguments is subject to debate [...]”; Für kontemporäre Vorschläge der theoretisch-formalen Ausgestaltung des analogischen Arguments

Einig ist man sich zumindest darüber, dass die Prämissen eines analogischen Argumentes die Postulierung der Ähnlichkeit zweier oder mehrerer Phänomene enthalten. Möglichst simpel formuliert funktioniert ein analogischer Schluss daher wie folgt: Aufgrund der nachweislichen Ähnlichkeit bestimmter Phänomene wird geschlussfolgert, dass sich jene Phänomene auch hinsichtlich anderer Eigenschaften ähnlich sind.¹⁰⁶

Jene argumentative Struktur kann wie folgt strukturiert dargestellt werden:

1. y ist x bezüglich der Eigenschaften F und G gleich.
2. x hat eine zusätzliche Eigenschaft H.
3. Schlussfolgerung: y hat eine Eigenschaft H.¹⁰⁷

Das Phänomen x kann dabei als *Analogiebasis* bezeichnet werden und das Phänomen y als *Analogieziel*. Ein Analogieschluss behauptet, dass das Analogieziel eine zusätzliche Eigenschaft H aufweist, weil das Analogieziel der Analogiebasis ähnelt. Das Analogieziel ist demnach jenes Phänomen, auf dessen zusätzliche und zunächst unbekannte Eigenschaft im Zuge des analogischen Arguments geschlussfolgert werden soll. Die Analogiebasis dient dem analogischen Argument als argumentativer Ausgangspunkt. Diese besitzt eine Eigenschaft, deren Existenz auch im Analogieziel festgestellt werden soll.¹⁰⁸

Kontrovers diskutiert wird in Bezug auf die Struktur analogischer Argumente vor allem, wie deren Schlussfolgerungen zu bewerten sind. Allgemein anerkannt ist, dass sich diese nicht formal-logisch, also deduktiv, aus den Prämissen ergeben.¹⁰⁹ Fraglich bleibt daher, wie die Schlussfolgerungen analogischer Argumente rational gerechtfertigt sein können. In der philosophischen Fachliteratur findet diese Frage vielfältige Antworten, wobei auch hier zwischen deduktiven und nicht-deduktiven Ansätzen unterschieden wird.¹¹⁰

Ein einflussreicher Lösungsansatz des Problems der rationalen Rechtfertigung analogischer Schlüsse stammt vom Rechtstheoretiker Brewer. Seiner Meinung zufolge

siehe Bermejo-Luque, A Unitary Schema for Arguments by Analogy, *Informal Logic* 32 (2012) 1; Macagno/Walton/Tindale, Analogical Arguments: Inferential Structures and Defeasibility Conditions, *Argumentation* 31 (2017) 221; Waller, Classifying and Analyzing Analogies, *Informal Logic* 21 (2001) 199; Weitzfeld, Valid Reasoning by Analogy, *Philosophy of Science* 51 (1984) 137.

¹⁰⁶ Blackburn, analogy, in Blackburn (Hrsg.) *A Dictionary of Philosophy* (2016) <<https://www.oxfordreference.com.uaccess.univie.ac.at/view/10.1093/acref/9780198735304.001.0001/acref9780198735304-e-152>> (Stand 2025).

¹⁰⁷ Angelehnt an Bartha in Zalta Punkt 2.2, und Brewer, *Harvard Law Review* 109 (1996) 966.

¹⁰⁸ Brewer, *Harvard Law Review* 109 (1996) 966.

¹⁰⁹ Bartha in Zalta Punkt 2.2.

¹¹⁰ Bartha in Zalta Punkt 4.

können analogische Argumente ihre Schlussfolgerungen nur mittels der Einhaltung bestimmter *implizit* angenommener Schlussziehungsregeln plausibilisieren.¹¹¹ Brewers Ansatz zur Rechtfertigung analogischer Argumente beruht daher auf einer strukturellen Verknüpfung: einem deduktiven Schluss von einer allgemeinen Regel, kombiniert mit einem abduktiven Schluss, der diese Regel identifiziert.¹¹² In der Rechtswissenschaft hatte überdies schon Engisch darauf hingewiesen, dass analogische Argumente eine Verbindung von deduktiven und nicht-deduktiven Argumenten darstellen.¹¹³

Wichtig ist es an dieser Stelle zu betonen, dass der Begriff der rechtlichen Analogie nicht mit dem analogischen Schluss gleichzusetzen ist. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass der argumentationstheoretische Begriff der generelle Oberbegriff und die rechtliche Analogie bloß eine seiner auf einen spezifischen Kontext zugeschnittenen Anwendungsfälle ist. Die rechtliche Analogie muss demgegenüber als eigenständiges Phänomen wahrgenommen werden. Wie an späterer Stelle gezeigt wird,¹¹⁴ weisen die beiden Begriffe zwar erhebliche Überschneidungspunkte auf, je nachdem, welchem theoretischen Ansatz der rechtlichen Analogie jedoch gefolgt wird, sind diese jedoch stärker oder schwächer ausgeprägt.

D. Rechtsbegriff

1. Einleitung

Ein Ziel dieser Arbeit ist es, den Begriff der rechtlichen Analogie in ein theoretisches System der Rechtsinterpretation einzubetten. Die folgenden drei Abschnitte widmen sich daher der Entwicklung einer „gegenstandsadäquaten“¹¹⁵ Theorie der Rechtsauslegung.¹¹⁶

¹¹¹ Brewer, Harvard Law Review 109 (1996) 965.

¹¹² Brewer, Harvard Law Review 109 (1996) 975 ff, 978: „what is usually understood as exemplary, analogical argument is actually better understood as a sequence of distinct but coherent stages of reasoning [...]“; Vgl auch Brewer, Infeasible analogical argument, in Kaptein/van der Velden (Hrsg), Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse (2018) 33 (34).

¹¹³ Engisch, Einführung in das juristische Denken² (1959) 255; Siehe eine ähnliche Auffassung bei Kramer, Methodenlehre 234; Vgl auch Schmidt, VerwArch 2006, 148.

¹¹⁴ Siehe dazu unten III.C.3.

¹¹⁵ Rill, ZfV 1985, 466.

¹¹⁶ Näheres über die Rechtsauslegung unten bei II.E. und II.D.; Die notwendige Verknüpfung des Begriffes der Rechtsauslegung mit dem Rechtsbegriff betont Rill, Hermeneutik des kommunikationstheoretischen Ansatzes, in Vetter/Potacs (Hrsg), Beiträge zur juristischen Hermeneutik (1990) 53 (53): „Wer eine juristische Auslegungslehre entwickeln will, muss mit seinen Überlegungen bei der Bestimmung des Gegenstands der Auslegung, das heißt, bei der Abgrenzung des Gegenstands ‚Recht‘ ansetzen.“; Vgl dazu auch Merkl in Mayer-Maly/Schambeck/Grussman 65.

Wissenschaftlichen Theorien des positiven Rechts unterliegt zumeist die Annahme von einem, dem positiven Recht essenziell anhaftenden, Dualismus. Die Natur des positiven Rechts demnach von zwei verschiedenen Realitätsebenen geprägt:¹¹⁷ Von einer *praxisbezogenen* und einer *normativen* Ebene. Die Idee der *praxisbezogenen* Ebene des positiven Rechts bezieht sich auf dessen Existenz als empirisch wahrnehmbares soziales Phänomen. Die Idee der normativen Ebene wiederum versucht die regulative und handlungsdirektive Realität des Rechts einzufangen.¹¹⁸

Im Folgenden wird versucht, ein plausibles Bild des positiven Rechts anhand der Abhandlung dieser beiden Begriffsebenen zu zeichnen.

2. Normativität

Die normative Ebene des Rechts ist der Fokus reger rechtstheoretischer Debatten. Im Zentrum der Diskussion steht die Frage nach der Natur des Explanandums „Normativität“ und dessen spezielle Verbindung mit der Natur des positiven Rechts. Ganz generell können diesbezüglich zwei Auffassungen voneinander unterschieden werden: Zum einen gibt es Theorien, die von einer „schwachen“¹¹⁹ bzw. einer „formalen“¹²⁰ Normativität des Rechts ausgehen. Zum anderen aber wird dem Recht eine tatsächlich „autoritative“¹²¹ oder „robuste“¹²² Normativität zugesprochen. Im Folgenden soll näher auf diese konzeptionellen Ausgestaltungen eingegangen werden. Dazu werden zunächst einige grundsätzliche Eigenschaften des Normativitätsbegriffes dargelegt.

¹¹⁷ Siehe dazu *Alexy*, *The Dual Nature of Law*, *Ratio Juris* 23 (2010) 167.

¹¹⁸ *Berteau*, *The Dual Nature Thesis as a Cornerstone of Jurisprudence*, *The American Journal of Jurisprudence* 67 (2022) 57 (57-58).

¹¹⁹ *Jablonek*, *Objektive Normativität: Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis*, in: *Olechowski/Zeleny* (Hrsg.), *Clemens Jablonek. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte* (2013) 337 (341 ff).

¹²⁰ Dieser Begriff ist in der gegenwärtigen analytischen Metaethik weit verbreitet und soll daher im Folgenden für das entsprechende Verständnis von Normativität verwendet werden. Eingeführt hat diesen Begriff *Tristram McPherson* in dem folgenden Beitrag: *McPherson*, *Against Quietist Normative Realism*, *Philosophical Studies* 154 (2011) 223. *McPherson* bezieht sich dabei auf die von *David Copp* eingeführte Unterscheidung zwischen generischer und autoritativer Normativität in *Copp*, *Morality in a Natural World* (2007) 249-83.

¹²¹ Vgl. dazu *McPherson/Plunkett*, *The Fragmentation of Authoritative Normativity*, in: *Shafer-Landau* (Hrsg.), *Oxford Studies in Metaethics*, Volume 19 (2024) 1.

¹²² Vgl. dazu *Enoch*, *Taking Morality Seriously: A Defense of Robust Realism* (2011).

a. Normativität als besondere Eigenschaft

Der Begriff der Normativität wird in der philosophischen Debatte auf unterschiedliche Weise verwendet. Auf der Suche nach einem begrifflichen „common ground“¹²³ kann darauf verwiesen werden, dass die Verwendung des Normativitätsbegriffes auf die theoretische Isolierung einer bestimmten Eigenschaft abzielt. Die Eigenschaft der Normativität kann in verschiedenen Phänomenen wiedergefunden werden. Dabei werden häufig linguistische und mentale Phänomene wie Wörter, Sätze, Begriffe, Propositionen und propositionale Einstellungen sowie Handlungen wie Aussagen, Behauptungen und Bewertungen als normativ bezeichnet.¹²⁴

Um die Eigenschaft der Normativität besser zu verstehen, konzentrieren sich Philosophen zumeist auf die Beschäftigung mit einem jener Phänomene. Besonders verbreitet ist es, zu versuchen, die Eigenschaft der Normativität mittels der Erforschung *normativer Begriffe* tiefgründiger zu verstehen. Normative Begriffe können verschiedenen Kategorien zugeteilt werden, wobei die Begriffe einer Kategorie einander auf bestimmte Weise ähneln und über ein bestimmtes Verhältnis zueinander verfügen.¹²⁵

Im Bereich der anglo-amerikanischen Rechtstheorie hat sich die Analyse rechtlicher Phänomene mittels der Bezugnahme auf normative Gründe („reasons“) verbreitet, wobei vor allem den Arbeiten von Raz diesbezüglich wegweisende Bedeutung zukommt.¹²⁶ Da Grundbezogene Analysen rechtlicher Phänomene einen hohen Verbreitungsgrad haben, wird in den folgenden Kapiteln in höherem Ausmaß von normativen Gründen die Rede sein.

¹²³ Finlay, Defining Normativity, in Toh/Plunkett/Shapiro, Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence (2019) 187 (190).

¹²⁴ Finlay in Toh/Plunkett/Shapiro 195.

¹²⁵ Berker, The Deontic, the Evaluative, and the Fitting, in Rowland/Howard (Hrsg), Fittingness: Essays in the Philosophy of Normativity (2022) 23; Zu den deontischen Begriffen zählen etwa: *sollen, müssen, dürfen, erlauben, verpflichten, verbieten*. Die evaluative Kategorie umfasst Begriffe wie: *gut, schlecht, böse, einen Wert habend*. Die Begriffe aus der Familie der „Korrektheit“ (*fittingness*) werden häufig wie folgt angegeben: *korrekt, angemessen, berechtigt, gerechtfertigt, verdient, virtuos, würdig*. Normative Handlungsgründe (*reasons*) sind begrifflich dadurch bestimmt, dass sie einen Grund für die Vornahme einer Handlung oder einen Grund zum Handeln darstellen. Einführend dazu Alvarez, Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2017) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/reasons-just-vs-expl/>>.

¹²⁶ Vgl etwa Raz, Practical Reason and Norms (1975).

b. Formale und robuste Normativität

Neben ihrer Kategorisierung können noch weitere wichtige Fragen über die Natur normativer Begriffe gestellt werden: Worauf etwa beziehen sich normative Begriffe? Insofern bejaht wird, dass sich normative Begriffe auf bestimmte Objekte beziehen, kann auch nach den Eigenschaften jener Objekte gefragt werden.

Die philosophische Disziplin, die sich vorrangig der Beantwortung dieser Fragen widmet, ist die Metaethik.¹²⁷ In der Metaethik wurde in den letzten zwei Jahrzehnten vermehrt auf eine wichtige Unterscheidung im Hinblick auf die nähere Beschäftigung mit dem Phänomen der Referenz normativer Begriffe hingewiesen. Jener Unterscheidung zufolge können normative Begriffe einerseits die Eigenschaft der *formalen Normativität* und andererseits die Eigenschaft einer robusten Normativität aufweisen.¹²⁸

Formale normative Begriffe beziehen sich auf Standards regel-interner Korrektheit. Die formale Normativität wird häufig anhand der Regeln des Schachspiels veranschaulicht. Schachregeln sind demnach bloß formal normativ, da die diagonale Bewegung eines Turmes

¹²⁷ Einführend dazu *Fisher*, *Metaethics: An Introduction* (2011); Nonkognitivistische Theorien gehen davon aus, dass normative Begriffe keine repräsentative Funktion erfüllen, sich also auf kein Objekt oder keinen Sachverhalt beziehen. Stattdessen bringen sie charakteristischerweise nicht-repräsentative mentale Zustände zum Ausdruck. Die Bedeutung normativer Begriffe korrespondiert demnach mit keinen objektiven Fakten. Normative Aussagen gelten in diesem Verständnis vielmehr als Ausdruck innerer Einstellungen wie Zustimmung oder Ablehnung.

Kognitivistische Theorien hingegen vertreten eine grundsätzlich andere Auffassung von der Natur normativer Begriffe. Ihrer Ansicht nach dienen normative Begriffe dazu, einen Bezug zu bestimmten Fakten herzustellen. Sie korrespondieren somit mit objektiv existierenden Gegebenheiten und sind prinzipiell wahrheitswertfähig, also als wahr oder falsch beurteilbar.

Je nachdem, ob die Existenz normativer Fakten bejaht oder verneint wird, unterscheidet man in der Metaethik zwischen Realisten und Anti-Realisten. Wer die Existenz normativer Fakten bestreitet, dabei jedoch die kognitivistische Grundannahme, also die Wahrheitswertfähigkeit normativer Urteile, aufrechterhält, wird der sogenannten *Error Theory* zugeordnet. Dieser zufolge beruhen normative Urteile auf der irrigen Annahme, es gäbe objektive normative Tatsachen.

Wird die Existenz normativer Fakten hingegen bejaht, unterscheiden sich die Theorien inhaltlich hinsichtlich der Frage, *was* normative Fakten eigentlich sind. Subjektivistische oder relativistische Ansätze verorten den Gehalt normativer Urteile im subjektiven Empfinden Einzelner oder in den Konventionen bestimmter sozialer Gruppen. Normative Fakten bestehen demnach in den hinter den Urteilen stehenden mentalen Einstellungen oder normativen Haltungen.

Naturalistische Theorien gehen davon aus, dass normative Fakten einen natürlichen Ursprung haben. In dieser Perspektive beziehen sich normative Urteile, direkt oder indirekt, auf deskriptiv zugängliche Sachverhalte in der Welt. Im Gegensatz dazu vertreten Non-Naturalisten die Auffassung, dass normative Urteile auf ontologisch eigenständige, also *sui generis*, Phänomene Bezug nehmen. Normative Fakten seien keine rein deskriptiv erfassbaren Gegebenheiten und könnten nur unter Rückgriff auf genuin normative Begrifflichkeiten angemessen beschrieben werden.

Siehe dazu etwa *Finlay* in Toh/Plunkett/Shapiro 191-192 und 199.

¹²⁸ *Baker*, *The Varieties of Normativity*, in McPherson/Plunkett (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Metaethics* (2017) 567 (568-569).

bloß relativ zu den Regeln des Schachs als *falsch* oder *nicht erlaubt* betrachtet werden kann, bzw. *sollte* ein Turm bloß relativ zu den Regeln des Schachs nicht diagonal bewegt werden.¹²⁹ Ein formal normativer Begriff enthält demnach bloß relativ zu dem Inhalt einer Regel, auf die er sich bezieht, die Eigenschaft der Normativität.¹³⁰

Im Gegensatz zur formalen Normativität dreht sich die robuste Normativität darum, was für Gründe eine Person *tatsächlich* für die Vornahme einer Handlung hat. Die Unterscheidung beruht somit vorrangig auf einer nachvollziehbaren Intuition. Formal-normative Phänomene geben zwar Aufschluss darüber, was relativ zu einem bestimmten Kontext zu tun ist, aber robust-normative Phänomene geben Aufschluss über das, was *wirklich* zu tun ist.¹³¹ Bertea führt in diesem Zusammenhang das folgende Beispiel an: Ein Bademeister entdeckt in einem Becken seines Aufsichtsbereichs eine Person, die hilflos ist und zu ertrinken droht. Der Bademeister hat nun einen *echten* Grund, der Person zu helfen. Die Existenz dieses normativen Grundes ist nicht bloß den internen Anforderungen seines Berufes geschuldet, sondern ergibt sich aus dem Umstand, dass jenen Personen, die zu ertrinken drohen, tatsächlich, sofern möglich, geholfen werden sollte.¹³²

3. Regeln, Normen und Prinzipien

Der Begriff der Regel ist, ebenso wie der Begriff der Normativität, im allgemeinen wie im wissenschaftlichen Sprachgebrauch mehrdeutig. Auch in der philosophischen Debatte gibt es kein allgemein anerkanntes Verständnis des Regelbegriffes. Iorio fasst diesen Umstand wie folgt zusammen:

„Nicht nur der Ausdruck Regel wird in philosophischen und außerphilosophischen Zusammenhängen in unterschiedlichen Bedeutungen verwendet. Auch mit ihm thematisch verwandte Wörter wie ‚Gesetz‘, ‚Norm‘, ‚Prinzip‘ oder ‚Konvention‘ werden in unterschiedlichen Kontexten in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht.“¹³³

Zu jener inhaltlichen Vielfalt kommt hinzu, dass der Regelbegriff oftmals in einem speziellen Verhältnis zum Begriff der Norm dargestellt wird. So werden diese als jeweils

¹²⁹ Bertea, *The American Journal of Jurisprudence* 67 (2022) 58-59; McPherson, *Philosophical Studies* 154 (2011) 232; Sie dazu auch Parfit, *On what Matters* (2011) 144-145.

¹³⁰ McPherson, *Explaining Practical Normativity*, *Topoi* 37 (2018) 621 (622).

¹³¹ Baker in McPherson/Plunkett 568-569.

¹³² Bertea, *The American Journal of Jurisprudence* 67 (2022) 59.

¹³³ Iorio, *Regel und Grund* (2011) 13.

einander zugehörige Ober- und Unterbegriffe bezeichnet. Die Regel ist in manchen Ausführungen als Unterbegriff der Norm zu verstehen und in anderen Ausführungen die Norm als Unterbegriff der Regel.¹³⁴ Im Kontext dieser Arbeit wird dem letzteren Ansatz gefolgt, wobei es sich hierbei sicherlich um reine linguistische Willkür handelt. Der Regelbegriff wird sohin für ein generelles, zumeist auf Ebene der Philosophie diskutiertes, Phänomen gehandelt. Mit dem Normenbegriff wird in weiterer Folge ein speziell im rechtlichen Kontext feststellbares Phänomen bezeichnet, wobei im späteren Verlauf der Arbeit vor allem von Rechtsnormen die Rede sein wird.

Eine grundsätzliche Eigenschaft des Phänomens der Regel ist, dass eine solche von einer Person akzeptiert und befolgt werden kann. Naheliegender wäre es daher, das Regelphänomen auf konkrete und empirisch nachweisbare menschliche Verhaltensweisen zu reduzieren.

Dieser Reduktion stellen sich jedoch zwei Gründe entgegen. Aufgrund der Akzeptanz und gewöhnlichen Befolgung von Regeln kommt es zwar zu menschlichen Verhaltensregularitäten, diese Verhaltensregularitäten existieren jedoch gerade, „weil sich die involvierten Personen an die betreffende[n] Regel[n] halten“¹³⁵. Aufgrund dieses „explanatorischen Zusammenhang[s]“ können Regeln nicht mit konkreten verhaltensbezogenen Instanzierungen „identisch“¹³⁶ sein.

Ein weiterer Grund, der gegen die Annahme eines reduktiven Zugangs spricht, ist der Umstand, dass die Existenz von „Regeln nicht notwendigerweise mit [der Existenz von] Verhaltensregularitäten einhergeh[t]“¹³⁷. Regeln können missachtet und nicht befolgt werden. In jenem Fall existiert zwar eine Regel, es existiert aber keine diesbezügliche Verhaltensregularität.

Boghossian schlägt aufgrund jener Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen Verhalten von Personen und der diesbezüglich separat erscheinenden Existenz von Regeln vor, diese als abstrakte Objekte zu klassifizieren. Regeln existieren demnach als abstrakte „Inhalte“, also Gegenstände, auf die sich mentale Zustände beziehen können. Regeln stellen demnach

¹³⁴ Iorio, Regel 14; Für *Von Wright*, Norm und Handlung (1979) ist der Begriff der Norm von fundamentaler Bedeutung für die Untersuchung abgeleiteter normativer Phänomene. Insofern er den Begriff in einem abstrakten, vom rechtlichen Kontext losgelösten Sinn verwendet, kann sein Normbegriff dem in dieser Arbeit verwendeten Regelbegriff gleichgesetzt werden. Die folgenden Zitate sind in diesem Sinne zu verstehen.

¹³⁵ Iorio, Regel 30.

¹³⁶ Iorio, Regel 30.

¹³⁷ Iorio, Regel 30.

keine konkreten Objekte wie Tische oder Stühle dar, sondern sind anderen abstrakten Objekten wie Zahlen, Eigenschaften und Propositionen gleichzuhalten.¹³⁸ Auch Iorio schlägt in diesem Sinne vor, Regeln mit „der Bedeutung bzw. dem propositionalen Inhalt“ ihrer entsprechenden Sätze zu „identifizieren“¹³⁹.

Regelartige Inhalte kommen zumeist in Form einer bestimmten propositionalen oder imperativen Struktur zum Ausdruck.¹⁴⁰ Von Wright hat in diesem Zusammenhang die Vorstellung von drei eigentümlichen Säulen der Regel geprägt. Demnach beinhaltet eine Regel einen „Charakter“, einen „Inhalt“ und eine „Anwendungsbedingung“¹⁴¹. Sieckmann spricht statt des Charakters von einer „deontischen Modalität“¹⁴².

Die *deontische Modalität* einer Regel bezeichnet die in ihr beinhalteten verschiedenen Formen des „Sollens“¹⁴³. Damit ist ein bestimmter normativer Charakter einer Regel, der durch die Verwendung verschiedenartiger normativer Begriffe entsteht, gemeint. Es gibt etwa verpflichtende Regeln, welche einen „Sollens-Charakter“ haben und meist als Gebot oder Verbot bezeichnet werden. Auch existieren erlaubende Regeln, denen ein „Darf-Charakter“¹⁴⁴ zu eigen ist. Nicht zuletzt ist es möglich, dass eine Regel einen „konstitutiven“ Charakter enthält, welchem gemäß ein bestimmter deontischer „Status“¹⁴⁵ generiert wird. Der *Inhalt* einer Regel ist jene Handlung, die durch die deontische Modalität einer Regel gesollt oder erlaubt wird.¹⁴⁶ Die *Anwendungsbedingung* einer Regel gibt vor, welcher Sachverhalt „erfüllt sein muß [sic!], damit es eine Gelegenheit geben soll, das zu tun, was der Inhalt einer gegebenen [Regel...] ist“¹⁴⁷. In anderen Worten bezeichnet das Kriterium der Anwendungsbedingung einer Regel jene generellen Eigenschaften, die erfüllt sein müssen, damit der Inhalt der Regel in jener durch die deontische Modalität vorgegebenen Weise gilt.

¹³⁸ *Boghossian*, Rules, Norms and Principles: A Conceptual Framework, in *Araszkiewicz/Banas/Gizbert-Studnicki/Pleszka* (Hrsg), Problems of Normativity, Rules and Rule-Following (2015) 3.

¹³⁹ *Iorio*, Regel 32.

¹⁴⁰ Vgl dazu *Iorio*, Regel 14 ff.

¹⁴¹ *Von Wright*, Norm und Handlung (1979) 79.

¹⁴² *Sieckmann*, Logik 79.

¹⁴³ *Von Wright*, Norm 79.

¹⁴⁴ *Von Wright*, Norm 79.

¹⁴⁵ Vgl *Searle*, Making the Social World: The Structure of Human Civilization (2010) 90 ff.

¹⁴⁶ *Von Wright*, Norm 80.

¹⁴⁷ *Von Wright*, Norm 82.

Der propositionalen Struktur von Regeln wird zudem eine weitere Eigenschaft zugesagt.¹⁴⁸ Hierbei geht es um die Eigenschaft der Generalität. Regeln drehen sich demnach zumeist um Typen von Sachverhalten, um Typen von Personen und um Typen von Handlungen und nicht etwa um konkrete Sachverhalte bzw. Ereignisse und Handlungen.¹⁴⁹ Iorio bezeichnet Regeln deswegen als „doppelt generalisierte Anweisungen“¹⁵⁰. Ihm zufolge enthalten Regeln sohin zumindest zwei Typenbegriffe: „Es kann [...] nicht der Fall eintreten, dass sich die Situations- und die Handlungsklausel einer Regel nicht auf Typen, sondern auf eine Einzelsituation und auf eine Einzelhandlung beziehen.“¹⁵¹ Eine Regel bezieht sich demnach auf Typen von Situationen, auf Typen von Handlungen und zumeist auch auf Typen von Personen. Übersetzt in die Begrifflichkeiten Georg Henrik von Wrights bedeutet dies, dass der Inhalt und die Anwendungsbedingung einer Regel zumeist generell-abstrakte Handlungen und Situationen beinhalten.

Auch das Verhältnis des in dieser Arbeit vertretenen Regelbegriffs zum Begriff des Prinzips wird durch das Kriterium der Generalität bestimmt. Dadurch weicht die hier vertretene Bedeutung dieser Begriffe von der einflussreichen „rule-principle distinction“ Dworkins ab.

Dworkin betrachtet Regeln und Prinzipien als kategorial verschiedene Arten von normativen Standards.¹⁵² Der grundlegende Unterschied besteht für ihn darin, dass Regeln auf eine „ganz oder gar nicht“- Weise (all-or-nothing fashion) anzuwenden sind. Liegen die faktischen Anwendungsvoraussetzungen vor, so ist eine Regel (im Falle ihrer rechtlichen Geltung) zwingend einschlägig. Prinzipien hingegen enthalten keine zwingenden Anwendungsvoraussetzungen. Sie stellen vielmehr richtungsweisende Gründe dar. Insbesondere entfalten Prinzipien ein fallabhängiges Gewicht, das regelmäßig mit dem Gewicht anderer Prinzipien abgewogen werden muss.¹⁵³

Alexy hat die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien prominent rezipiert und theoretisch weiterentwickelt. Für ihn sind Prinzipien sogenannte „Optimierungsgebote“, die

¹⁴⁸ Iorio, Regel 56-57.

¹⁴⁹ *Boghossian* in Araszkievicz/Banas/Gizbert-Studnicki/Pleszka 5; *Perry*, Two Models of Legal Principles, Iowa Law Review 82 (1997) 787 (788); *Shapiro*, Legality (2011) 41; *Schauer*, Rules 18: “Rules [...] thus speak to types and not to particulars.”.

¹⁵⁰ Iorio, Regel 70.

¹⁵¹ Iorio, Regel 70.

¹⁵² *Dworkin*, The Model of Rules, The University of Chicago law review 35 (1967) 14 (23f).

¹⁵³ *Dworkin*, The University of Chicago law review 35 (1967) 25ff.

„gebieten, daß [sic!] etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird.“¹⁵⁴ Auch bei ihm ist die Anforderung der „Abwägung“ ein zentrales formales Merkmal des Prinzipienbegriffes. Im Unterschied zu Dworkin betont Alexy jedoch stärker, dass Prinzipien ein „ideales Sollen“ (ideal ought) enthalten. Auch verwischt sich bei Alexy (zumindest im Ansatz) die kategoriale zwischen Regel und Prinzip, da dieser einräumt, dass jedes Prinzip notwendig mit einer Regel der Optimierung verbunden ist.¹⁵⁵

Raz unterminiert die kategoriale Unterscheidung gänzlich. Er bestreitet, dass allein Prinzipien ein in der Abwägung relevantes Gewicht vermitteln. Vielmehr können nach seiner Auffassung auch Regeln, sofern sie miteinander kollidieren, gegeneinander abgewogen werden.¹⁵⁶ Raz kommt daher zu dem Schluss, dass die Unterscheidung zwischen Regel und Prinzip bloß gradueller Natur ist.¹⁵⁷ Ob ein normatives Phänomen als Regel oder Prinzip zu qualifizieren ist, hängt für Raz vom Umfang der Generalität des jeweiligen normativen Inhalts ab. Prinzipien sind demnach im Umfang höchst unspezifizierte Regeln, wie etwa ein generelles Gebot zur Förderung des Wohlergehens oder zur Achtung der Menschenwürde. Regeln enthalten nach Raz spezifischere, wenn auch weiterhin generelle normative Inhalte, wie etwa ein Rauchverbot.¹⁵⁸

Im Hinblick auf Dworkins Terminologie entspricht der in dieser Arbeit vertretene Regelbegriff dem des Standards. Regeln stellen nach diesem Verständnis ein grundlegendes normatives Phänomen dar. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie imperative oder normative Inhalte in (zumeist) generell formulierter Weise enthalten. Demgemäß kann zwischen Regeln im engeren Sinne, deren normativer Inhalt relativ spezifisch ausgestaltet ist, und solchen mit besonders hohem Abstraktionsgrad unterschieden werden. Letztere können als Prinzipien bezeichnet werden. Die vorliegende Arbeit hält daher nicht an einer

¹⁵⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985) 75.

¹⁵⁵ Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, *Ratio Juris* 13 (2000) 294 (301): “There is a necessary connection between the ideal ‘ought’, that is, the principle as such, and the optimization command as a rule.”.

¹⁵⁶ Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, *Yale Law Journal* 81 (1972) 823 (830f).

¹⁵⁷ Eine ähnliche Meinung vertritt Poscher, *Theory of a Phantom: The Principles Theory’s Futile Quest for its Object*, in Dalla-Barba/Duarte (Hrsg), *Alexy-Poscher Debate on Legal Principles* (2025) 79 (99-100).

¹⁵⁸ Raz, *Yale Law Journal* 81 (1972) 838; Auch Rescher, *On Rules and Principles* (2010) 75, betrachtet die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien als eine solche, die sich auf Eigenschaften derselben Kategorie bezieht. Prinzipien sind für ihn abstrakte und in höchstem Maße generelle Regeln.

strikten kategorialen Trennung zwischen Regeln und Prinzipien fest, sondern betrachtet beide als Unterformen eines einheitlichen Regelbegriffs.

Wichtig zu erwähnen ist überdies, dass die propositionale Struktur einer Regel zumeist als Wenn-Dann-Aussage formuliert werden kann. Die Anwendungsbedingung einer Regel kann als Antezedens und der Inhalt kann zusammen mit der deontischen Modalität einer Regel als Konsequenz ausgedrückt und in weiterer Folge formalisiert werden. Eine Regel mit dem Inhalt „Hunde sollen an der Leine geführt werden“ kann demgemäß auch wie folgt umformuliert werden: „Wenn ein Hund geführt wird, dann soll er angeleint werden.“ In diesem Fall ist die Situation der „Führung des Hundes“ die Anwendungsbedingung der Regel, der normative Begriff des „Sollens“ die deontische Modalität und das „Anleinen des Hundes“ der Inhalt der Regel.¹⁵⁹

Im Rahmen dieser Arbeit soll schließlich der Begriff „Regel“ mit der Konzeption der formalen Normativität verknüpft werden. So ist eine Regel eine besondere Form eines Inhalts, der eine rein auf sich selbst bezogene Form der internen Korrektheit vorgibt. Eine Regel entfaltet demnach zunächst verhaltensdirektive Wirkungen bloß in Relation zu sich selbst.

Im Gegensatz dazu wird der Begriff „Norm“ in dieser Arbeit als das normative Pendant zum Begriff „Regel“ verstanden. Eine Norm ist dabei ein regelartiger Inhalt, dem tatsächlich normative Wirkungen zukommen. In diesem Sinne entfaltet eine Norm tatsächlich verhaltensdirektive Wirkungen.¹⁶⁰

5. Rechtsquellen

An dieser Stelle ist es sinnvoll, auf die zuvor schon angesprochene These eines dem Recht inhärent anhaftenden Dualismus hinzuweisen.¹⁶¹ Demgemäß weist das positive Recht sowohl abstrakt-normative als auch konkret-praxisbezogene Eigenschaften auf. Diese beiden Dimensionen wirken zusammen und machen das positive Recht zu dem, was es ist. Im Sinne der normativen Dimension lässt sich das positive Recht zunächst als eine

¹⁵⁹ Vgl. *Schauer*, Rules 23 ff.

¹⁶⁰ Vgl. dazu *Boghossian* in Araszkiewicz/Banas/Gizbert-Studnicki/Pleszka 5.

¹⁶¹ Siehe dazu II.D.1.

Gesamtheit bestimmter Regeln (und Prinzipien) begreifen. Wie aber lassen sich seine praxisbezogenen Eigenschaften näher beschreiben?

Entscheidend ist dabei die Frage, wie eine abstrakte Regel zur konkreten positiven Rechtsnorm wird. Anders formuliert: Welche Voraussetzungen *konstituieren* die Existenz und *determinieren* den Inhalt des positiven Rechts? Im Kern geht es also darum den „Geltungsgrund“¹⁶², den „rechtserzeugenden Tatbestand“¹⁶³ oder auch die *Rechtsquelle* positiver Rechtsnormen zu ergründen.¹⁶⁴

Dementsprechend richtet sich das Augenmerk der Rechtstheorie auf die *fundamentale Rechtsquelle*, welche allen weiteren Rechtsquellen zugrunde liegt. Viele zeitgenössische Theoretiker verweisen in diesem Zusammenhang auf die besondere Bedeutung bestimmter sozialer Phänomene.¹⁶⁵

Diese Ansätze unterstreichen die grundlegende Realität des positiven Rechts als ein komplexes soziales Phänomen.¹⁶⁶ Demnach sind es *deskriptiv wahrnehmbare* und *soziale Fakten*, die letztendlich bestimmen, welche Rechtsnormen existieren.¹⁶⁷ Doch welche konkreten sozialen Fakten begründen die grundsätzliche Geltung von Rechtsnormen?

Eine der in der zeitgenössischen Rechtstheorie angesehensten Antworten auf diese Frage geht auf den englischen Rechtstheoretiker Hart und dessen wichtiges Werk „The Concept of Law“¹⁶⁸ zurück. Hart vertritt die Ansicht, dass innerhalb einer menschlichen Gemeinschaft bestimmte soziale Praktiken¹⁶⁹ existieren, welche die Existenzbedingungen von

¹⁶² Kelsen, Reine Rechtslehre² 239.

¹⁶³ Walter, Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, in FS Leser (1993) 191 (199).

¹⁶⁴ Rechtsquellen haben also eine *konstitutive* und eine *inhaltsbestimmende* Funktion; Vgl dazu Jestaedt, Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR 2000, 133 (155).

¹⁶⁵ Greenberg, How Facts Make Law, in Herschovitz (Hrsg), Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin (2008) 225: "Nearly all philosophers of law agree that non-normative, non-evaluative, contingent facts – descriptive facts, for short – are among the determinants of the content of the law."

¹⁶⁶ Marmor/Sarch, The Nature of Law, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2019) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>>.

¹⁶⁷ Nicht eingegangen wird in diesem Rahmen auf die transzendente Auffassung der Reinen Rechtslehre, wonach das geltungsbezogene Fundament einer Rechtsordnung aus der Annahme einer neutralen Grundnorm besteht. Siehe dazu etwa Jabloner, Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen, in Griller/Rill (Hrsg), Rechtstheorie. Rechtsbegriff - Dynamik - Auslegung (2011), 21; Kelsen, Reine Rechtslehre² 197.

¹⁶⁸ Siehe Hart, The Concept of Law (2012).

¹⁶⁹ Hart, Concept 86 f; Zum Konzept der „sozialen Praxis“ siehe auch Sahner, Praxis, in Endruweit et al (Hrsg), Wörterbuch der Soziologie³ (2014) 364, welchem zufolge eine solche als „Gesamtheit [...] menschliche[r] Handlungen, die Erhaltung, Umwandlung oder Weiterentwicklung der materiellen und gesellschaftlichen Wirklichkeit bewirken“ verstanden werden kann.

Rechtsnormen festlegen und zugleich darstellen.¹⁷⁰ Diese sozialen Praktiken bestehen im Kern aus der habituellen „Akzeptanz“ der rechtsbegründenden Voraussetzungen durch die „Rechtsgemeinschaft“¹⁷¹.

Nach Hart lässt sich die Geltung von Rechtsnormen folglich allein auf das Bestehen einer spezifischen sozialen Konvention¹⁷² zurückführen. Diese Konvention bestimmt jene Bedingungen, die für die Erzeugung, Veränderung und Aufhebung (Derogation) von Rechtsnormen maßgeblich sind.¹⁷³

6. Theoretische Uneinigkeit

Um das Recht adäquat beschreiben zu können, muss, nach Meinung Harts, also eine bestimmte soziale Konvention identifiziert werden. Diese Theorie der Rechtserkenntnis leidet für Dworkin unter einem entscheidenden Fehlschluss. Für ihn werden dabei, die in einer Rechtsgemeinschaft prävalenten Arten der rechtlichen Uneinigkeit, nicht zu Genüge beachtet. Dworkin konstatiert, dass innerhalb einer rechtlichen Gemeinschaft stets erhebliche Uneinigkeiten bezüglich der Existenzbedingungen rechtlicher Normen herrschen. Diese Arten von Uneinigkeiten nennt er *theoretische Uneinigkeiten*.¹⁷⁴ Dworkin verneint demnach, dass es eine konventionelle Akzeptanz der Existenzbedingungen rechtlicher Normen innerhalb einer Rechtsgemeinschaft gibt.

Sollte dieser Umstand zutreffen, stellt dies den Theoretiker, der nach der Vorstellung Harts das Phänomen des Rechts zu erforschen sucht, vor erhebliche Probleme. Denn wenn innerhalb einer Rechtsgemeinschaft unterschiedliche akzeptierte Versionen von Existenzbedingungen existieren, ist es unklar, welche dieser Versionen für das Recht der Rechtsgemeinschaft als konstitutiv angesehen werden soll.

Dworkin entwickelt eine Lösung dieses Problems, welche er die Methode der *konstruktiven Interpretation* nennt. Ihr Ziel ist das korrekte Verständnis eines menschengemachten¹⁷⁵ Phänomens wie dem Recht.¹⁷⁶ Der Kerngehalt der konstruktiven

¹⁷⁰ Hart, Concept 91 ff.

¹⁷¹ Potacs, Rechtstheorie² 34; Siehe dazu auch Marmor, Philosophy of Law (2011) 51 f.

¹⁷² Bzgl des Konventionsbegriffes siehe Lewis, Convention: a philosophical study (1969).

¹⁷³ Marmor/Sarch in Zalta Punkt 1.1.

¹⁷⁴ Dworkin, Law's Empire (1986) 5 f.

¹⁷⁵ In der kontemporären analytischen Philosophie wird diesbezüglich von dem korrekten Verständnis von Artefakten gesprochen. Einleitend dazu Preston, Artifact, in Zalta/Uri (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/artifact/>>.

¹⁷⁶ Dworkin, Law's Empire 50.

Interpretation ist die Annahme, dass die adäquate Beschreibung eines *Artefaktes* bloß unter der Annahme eines inhärenten Zweckes möglich ist.¹⁷⁷ Des Weiteren schlägt Dworkin vor, dass folgende drei Phasen zu durchlaufen sind: 1) Die mit dem Artefakt assoziierte soziale Praxis sollte zunächst grob individualisiert werden. Es geht hierbei um die Sammlung jener Daten, die einer Erklärung bedürfen und welche in einem „vortheoretischen“ Sinne mit dem Konzept Recht in Verbindung gebracht werden.¹⁷⁸ Mit Rill kann angenommen werden, dass vor allem „die Selbstqualifikation des Sinns von Menschen gesetzter Akte als Recht oder Rechtsnorm und ein damit grosso modo korrespondierender Sprachgebrauch“¹⁷⁹ ein wichtiger erster Ansatzpunkt für die vortheoretische Individualisierung rechtlicher Daten ist. 2) In einem weiteren Schritt muss der vortheoretisch individualisierten sozialen Praxis ein eigentümlicher Zweck zugeschrieben werden. Hierbei schlägt Dworkin vor, jenen Zweck zu wählen, der eine rationale Rechtfertigung der wichtigsten zu erklärenden Daten der sozialen Praxis liefert.¹⁸⁰ 3) Die soziale Praxis wird anschließend, ausgehend von dem festgestellten Zweck, rational rekonstruiert. Das bedeutet, dass die vortheoretisch ermittelten Daten eine ihrem Zweck entsprechende Ordnung und idealisierte Darstellung erfahren. Die soziale Praxis wird demnach ihrem Zweck entsprechend beschrieben.¹⁸¹

Zusammengefasst ermöglicht die Bestimmung eines vereinenden Zweckes rechtlicher Praktiken dem Rechtstheoretiker, gerechtfertigte Antworten auf das Problem theoretischer

¹⁷⁷ Dworkin, *Law's Empire* 58-59.

¹⁷⁸ Dworkin, *Law's Empire* 65-66, bezeichnet jene Phase der theoretischen Durchdringung eines sozialen Phänomens als „pre-interpretive stage“; Rill, *Grundlegende Fragen bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffs*, in Grillner/Rill (Hrsg), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff - Dynamik - Auslegung* (2011), 1 (2), nennt jene Daten das „Rohmaterial“ welches bei der Entwicklung einer Theorie verarbeitet wird.

¹⁷⁹ Rill in Grillner/Rill 2.

¹⁸⁰ In Dworkin, *Law's Empire* 66-67, 72 f, werden jene wichtigen zu erklärenden Daten als Paradigmen bezeichnet. Ob ein bestimmter Zweck einer jeweiligen vortheoretisch individualisierten sozialen Praxis auch tatsächlich zugehörig ist, ist für Dworkin eine Frage der intuitiven *Übereinstimmung* („fit“); Auch bei Finnis ist die alles entscheidende Frage, in Bezug auf die theoretische Untersuchung des Rechts, die folgende: Warum soll es positives Recht geben? Vgl Finnis, *Law and What I Truly Should Decide*, *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003) 107 (129): „the assumption that in relation to human things constituted by human choices, like law, you can answer the question What is it? Before you tackle the question Why choose to have it, create it, maintain it, and comply with it? That assumption, I have been arguing, is a philosophical mistake, induced or at least made apparently plausible by the surface grammar of the latter question.“; Vgl auch Pojanowski, *Reevaluating Legal Theory*, *The Yale Law Journal* 130 (2021) 1288 (1485): „The upshot, from this perspective, is that social practices are only comprehensible in light of an overarching framework of rationality and human needs, one that the observers ‘impose’ or, less sceptically, cannot help but presume to share with the participants whose actions they seeks to understand. Social practices are constituted by the meanings and beliefs of their practitioners. While such contingent practices can evince some general regularity, we can pick out those patterns only in the context of a narrative structure whose coherence flows from an overarching judgement about the point of the practice.“; Vgl dazu auch Webber, *Asking why in the study of human affairs*, *American Journal of Jurisprudence* 60 (2015) 51 (66-67).

¹⁸¹ Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (2013) 131-134; Dworkin, *Law's Empire* 65 ff.

Uneinigkeit geben zu können. Die Individualisierung der für das Rechtskonzept einer jeweiligen Rechtsgemeinschaft konstitutiv wirkenden sozialen Praxis erfolgt anhand der Beantwortung der folgenden Frage: Welche Form der sozialen Praxis entspricht am ehesten ihrem Zweck?

7. Koordinierungsthese

Welcher Zweck ist nun der, mit dem positiven Recht assoziierten, sozialen Praxis zuzuschreiben?

Dem antiken Philosophen Aristoteles folgend ist anzunehmen, dass der Mensch, seiner Natur gemäß, ein *politisches Wesen* ist.¹⁸² Das bedeutet, dass Gemeinschaft und soziale Interaktion für den Menschen notwendige Voraussetzungen eines guten Lebens sind. Eine Vielzahl wichtiger Güter, wie etwa das der körperlichen Unversehrtheit und das des materiellen Wohlstandes, sind von einer funktionierenden menschlichen Gemeinschaft abhängig. Demnach ist es für den Menschen von großer Bedeutung, dass spezifische gesellschaftliche Konditionen und Strukturen existieren, welche die Befriedigung jener gemeinschaftsabhängigen Güter gewährleisten.¹⁸³ Die Verwirklichung solcher gesellschaftlichen Konditionen kann bloß durch die relative Gleichschaltung bestimmter Verhaltensmuster der Gemeinschaftsglieder funktionieren.¹⁸⁴ Diese Harmonisierung von Verhaltensweisen kann durch eine breitenwirksame Befolgung einschlägiger Regeln gesichert werden. Es stellt sich nun die Frage, welche Arten von Regeln besonders für eine solche *Koordinierung des menschlichen Zusammenlebens*¹⁸⁵ geeignet sind. Insbesondere ist zu klären, in welchem Modus diese Regeln erlassen bzw. geschaffen werden sollten.

Ein Weg hin zur Verwirklichung gemeinwohlorientierter Gemeinschaftsstrukturen ist die Erlassung *rechtlicher Anordnungen*.¹⁸⁶ Unter einer rechtlichen Anordnung ist dabei eine von

¹⁸² *Aristoteles*, *Politics* 1.1253a, in Rackham (Übersetzer), *Aristotle in 23 Volumes*, Vol. 21 (1944) <<https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0058%3Abook%3D1%3Asection%3D1253a>>.

¹⁸³ *Finnis*, *Natural Law and Natural Rights*² (2011) 155; *Strang*, *Originalism's Promise* (2019) 242.

¹⁸⁴ *Köpcke*, *Legal Validity* (2020) 124.

¹⁸⁵ Vgl. *Finnis*, *Natural Law* 276.

¹⁸⁶ Vgl. *Rill* in Vetter/Potacs 54; *Gardner*, *Some Types of Law*, in Edlin (Hrsg.), *Common Law Theory* (2007) 51 ff, bezeichnet diese Art der Rechtsquelle als „legislated law“ und beschreibt deren charakteristische Struktur anhand von drei Merkmalen: 1. Sie geht auf eine Handlung eines einzelnen Akteurs zurück („act of a single agent“), 2. dieser handelt mit der Absicht, eine oder mehrere normative Veränderungen herbeizuführen („with the intention of effecting one or more normative change(s)“), und 3. diese Veränderungen erfolgen in ausdrücklicher Form („a way of making normative changes expressly“).

einem oder mehreren Mitgliedern einer rechtlichen Gemeinschaft formulierte Regel zu verstehen, die hinreichend inhaltlich bestimmt ist und die der Gemeinschaft in geeigneter Weise publik gemacht wurde.¹⁸⁷

Die Idee der Erlassung inhaltlich bestimmter Regeln entspringt dem Gedanken der Konvergenz menschlicher Verhaltensweisen innerhalb einer Rechtsgemeinschaft. Eine solche ist bloß möglich, wenn die in Regelform angeordneten Handlungen in ausreichendem Maße detailliert und spezifisch sind.¹⁸⁸ Die Idee der breitflächigen Zugänglichkeit ihres Inhaltes kann auch als notwendige und selbstredende Voraussetzung für die Harmonisierung gemeinschaftsbezogener Handlungsmuster verstanden werden. Bloß wenn eine ausreichend große Menge an Mitgliedern einer Gemeinschaft weiß, wie sie sich zu verhalten hat, können diese ihre Verhaltensweisen an die geforderten Standards anpassen.¹⁸⁹

8. Rechtliche Anordnungen

Die Idee der rechtlichen Anordnung zum Zweck der Koordinierung gesellschaftlicher Gemeinschaften beinhaltet neben jener der inhaltlichen Bestimmung und der Publikation bestimmter Regeln die Idee der *willentlichen Auswahl bestimmter Regeln*. Das bedeutet, dass rechtliche Anordnungen, um der koordinierenden Funktion des Rechts gerecht werden können, das Produkt gezielter, auf die Schaffung bestimmter Handlungsstandards gerichteter, Überlegungen sein müssen.¹⁹⁰

Die intentionale Koordinierung gesellschaftlicher Interaktionen und die Bestimmung der Existenz vorhandener Rechte und Pflichten bedürfen sohin vorangegangener rationaler Abwägungen.¹⁹¹ Eine rechtliche Anordnung ist demnach das Produkt eines *Willensaktes*, dem wiederum die Abwägung bestimmter Gründe vorausgeht.¹⁹² Jene Gründe beziehen sich darauf, wie die einer Gemeinschaft angehörigen Personen angesichts gesellschaftlicher

¹⁸⁷ Siehe dazu Köpcke, Validity 124 ff.

¹⁸⁸ Köpcke, Validity 124.

¹⁸⁹ Köpcke, Validity 129.

¹⁹⁰ Köpcke, Validity 132.

¹⁹¹ Ekins, The Nature of Legislative Intent (2012) 121.

¹⁹² Ekins, Legislation as Reasoned Action, in Webber/Yowell et al (Hrsg), Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation (2018) 86 (90): “Legislators are not passive agents, but persons acting for ends that explain their action [...]. More importantly, the reason for authorising a legislature is not to maximise preference satisfaction but to make provision for the common good, which requires that whoever legislates responds to good reasons for or against changing the law.”; Vgl dazu auch Pojanowski, Recovering Classical Legal Constitutionalism: A Critique of Professor Vermeule's New Theory, Notre Dame Law Review 98 (2022) 403 (419).

Koordinationsprobleme zu handeln haben. Es kann daher Rill darin zugestimmt werden, dass „Rechtsetzung durch Menschen darin [besteht], daß [sic!] bestimmte Menschen ihren Willen erklären, wie sich bestimmte Menschen verhalten sollen“¹⁹³.

In diesem Sinne ist auch der Normbegriff Kelsens mit dem Begriff der rechtlichen Anordnung dieser Arbeit verbunden. Eine Rechtsnorm als das Produkt einer rechtlichen Anordnung ist stets „der Sinn, den gewisse menschliche Akte haben, die intentional auf das Verhalten anderer gerichtet sind“¹⁹⁴.

Der Rechtsphilosoph Enoch hat eine einflussreiche Theorie entwickelt, die den Vorgang der Normsetzung durch einen vorangegangenen Willensakt darstellt.¹⁹⁵ Seiner Meinung zufolge zeichnen sich normsetzende Willensakte durch die Involvierung sogenannter *reflexiver Intentionen*¹⁹⁶ aus. Ein normsetzender Willensakt beinhaltet demnach zum einen die Intention zur Erzeugung einer Norm und zum anderen die Intention, dass die Adressaten den Inhalt der Norm und die Intention des Normsetzers zur Erzeugung der Norm erkennen. Enoch fasst diese Voraussetzungen wie folgt zusammen:

1. A intendiert, eine Norm für Adressat B zu erzeugen, und kommuniziert diese Intention zu B;
2. A intendiert, dass B diese Intention erkennt.¹⁹⁷

Damit die Erkenntnis der reflexiven Intention erfolgreich ist, muss deren Inhalt den Adressaten *kommuniziert* werden.¹⁹⁸ Es bedarf daher der Verwendung eines, vom jeweiligen Adressatenkreis verstandenen Kommunikationsmittels und einer adäquaten Form der Verbreitung des verwendeten Mittels.

¹⁹³ Rill, ZfV 1985, 465.

¹⁹⁴ Kelsen, Reine Rechtslehre² 4.

¹⁹⁵ Vgl. Enoch, Authority and Reason-Giving, Philosophy and Phenomenological Research 89 (2014) 296; Enoch, Giving Practical Reasons, Philosophers' Imprint 11 (2011) 1.

¹⁹⁶ Der Begriff der reflexiven Intention spielt auch in der Kommunikationstheorie eine wichtige Rolle, siehe dazu II.E.1.b.

¹⁹⁷ Enoch, Philosophers' Imprint 11 (2011) 14-15; In einigen Punkten wurde das Schema Enochs abgeändert und vereinfacht.

¹⁹⁸ Enoch, Philosophers' Imprint 11 (2011) 16; Vgl. Alexander, In Defense of the Standard Picture: The Basic Challenge, Ratio Juris 34 (2021) 187 (194): "when lawmakers enact statutes or other laws, they are communicating to their audience what governing norms they have chosen."; Siehe auch Marmor, An Institutional Conception of Authority, Philosophy & Public Affairs 39 (2011) 238 (240): „Authoritative directives are speech acts, of the kind that purport to motivate conduct by way of recognizing the utterance of the directive as a reason for action.“.

Um den kommunikativen Anforderungen eines normsetzenden Willensaktes gerecht zu werden, kommen diese „als sinnlich wahrnehmbare Äußerungen zum Ausdruck“¹⁹⁹. Sie verkörpern dabei die Form einer konventionellen „natürlichen Sprache“²⁰⁰. Dabei ist die paradigmatische Form normsetzerischer Kommunikation „in modernen rechtsstaatlichen Rechtsordnungen“ die Veröffentlichung eines „Text[es]“²⁰¹.

Rechtliche Anordnungen existieren dementsprechend „gerade in modernen und von rechtsstaatlichen Prinzipien geprägten Rechtsordnungen“²⁰² als in Texten festgehaltene sprachliche Ausdrücke.²⁰³ Um diese Form der Kommunikation rechtlicher Anordnungen möglichst vorhersehbar und effizient zu gestalten, schreiben moderne Verfassungsstaaten zudem die Einhaltung „strenge[r] Publikationsvorschriften“ vor, welche die Erstellung und öffentliche Verbreitung eines „authentische[n] Text[es]“²⁰⁴ festlegen.

Jene Texte, die das Produkt einer rechtlichen Anordnung sind und dem Zweck der Kommunikation einer Rechtsnorm dienen, sollen in weiterer Folge als *Rechtsvorschriften* bezeichnet werden.²⁰⁵

E. Sprachliche Kommunikation

1. Kommunikation

Sprachliche Kommunikation ist sohin ein wesentlicher Faktor erfolgreicher willentlicher Rechtsetzung. Was aber bedeutet Kommunikation, und wie funktioniert sie?

Zwischenmenschliche Kommunikation ist (generell ausgedrückt) zwischenmenschliche Informationsübertragung.²⁰⁶ Die wissenschaftlichen Disziplinen der Sprachphilosophie, der

¹⁹⁹ Potacs, Rechtstheorie² 48.

²⁰⁰ Potacs, Rechtstheorie² 64, 141; Siehe dazu auch Canaris, Lücken 19; Ekins, Objects of Interpretation, Constitutional Commentary 32 (2017) 1 (22).

²⁰¹ Potacs, Rechtstheorie² 48.

²⁰² Potacs, Rechtstheorie² 141.

²⁰³ Vgl. Endicott, Law and Language, in Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/law-language/>> Punkt 3.2

²⁰⁴ Rill, ZfV 1985, 466.

²⁰⁵ Potacs, Rechtstheorie² 141, bezeichnet rechtliche Anordnungen, die in veröffentlichten Texten ihren Ausdruck finden, mit Blick auf andere Ausdrucksformen rechtlicher Anordnungen, als Rechtsvorschriften „in einem engeren Sinn [kursiv im Original]“.

²⁰⁶ Bach, Communication, in Honderich (Hrsg.), The Oxford Companion to Philosophy <<https://www.oxfordreference.com.uaccess.univie.ac.at/view/10.1093/acref/9780199264797.001.0001/acref-9780199264797-e-435>> (Stand 2005); Blackburn, communication, in Blackburn (Hrsg.), A Dictionary of Philosophy <<https://www-oxfordreference.com.uaccess.univie.ac.at/view/10.1093/acref/9780198735304.001.0001/acref978019873530>

Linguistik und der kognitiven Psychologie bemühen sich dabei um ein adäquates Verständnis des diesbezüglichen Ablaufes.²⁰⁷ In ihrem einflussreichen Werk „Relevance“²⁰⁸ schlagen Wilson und Sperber eine vielfach übernommene Kategorisierung bestehender Kommunikationstheorien vor.²⁰⁹ Diese sind entweder Variationen eines sogenannten *Kodierungsmodells* oder Abwandlungen eines sogenannten *Inferenzmodells* der Kommunikation.²¹⁰

a. Das Kodierungsmodell

Kodierungsmodelle machen sich intuitive Vorstellungen über den Ablauf kommunikativer Prozesse zunutze. Sie stellen diese als einfache Transferprozesse dar. Ein

4-e-632> (Stand 2016); *Chandler/Munday*, communication, in Chandler/Munday (Hrsg), A Dictionary of Media and Communication <<https://www.oxfordreference.com.uaccess.univie.ac.at/view/10.1093/acref/9780198841838.001.0001/acref9780198841838-e-413>> (Stand 2023): “Most broadly, (communication is) a process of interaction through messages or signals, sometimes characterized as informational interaction.”; Vgl *Neale*, Silent Reference, in Ostertag (Hrsg), Meanings and Other Things (2016) 229 (252). Vgl auch *Searle*, What is Language: some preliminary remarks, in Tsohatzidis (Hrsg), John Searle's Philosophy of Language: Force, Meaning and Mind (2010) 15 (21).

²⁰⁷ Die fächerübergreifende Forschung sprachlicher Kommunikation wird auch „Pragmatik“ genannt. Der Begriff der Pragmatik geht auf den amerikanischen Philosophen Charles Morris (1839–1914) zurück. Morris unterschied innerhalb seiner eigens entwickelten Theorie der Zeichen (Semiotik) zwischen den verschiedenen Teilbereichen der Semantik, der Syntaktik und der Pragmatik. Ihm zufolge ist es Aufgabe der (semiotischen) Pragmatik sich mit Zeichen in Relation zu ihrem Gebrauch auseinanderzusetzen. Einem solchen, sehr generellen, Verständnis hat sich die kontinentaleuropäische Schule der Pragmatik angeschlossen. Ihr ist es ein Anliegen ein breites Spektrum sprachlich relevanter Phänomene unter Einnahme eines besonderen sprachwissenschaftlichen Blickwinkels („perspective view“) zu betrachten. Konkret gehören zu ihrem Fokus Themengebiete wie die Literatur-Pragmatik, oder die interkulturelle Pragmatik, verstanden als das Studium sprachlicher Interaktion verschiedener Sprachgemeinschaften. Im Gegensatz zur kontinentaleuropäischen Schule zieht die sogenannte anglo-amerikanische Pragmatik die Grenzen ihres Untersuchungsfeldes enger. Ziel dieser ist es Fragen über den Sinn- und Bedeutungsgehalt sprachlicher Äußerungen zu beantworten und sohin das komplexe Zusammenspiel zwischen sprachlicher Bedeutung und kommunikativem Akt aufzuschlüsseln. Vor allem ist es der immense Einfluss des Sprachphilosophen Paul Grice der die Spannweite der anglo-amerikanischen Pragmatik vorgegeben hat. Viele seiner Ideen und Lösungsansätze bestimmen nach wie vor die thematische Orientierung der kontemporären Diskussion. Im Mittelpunkt der Philosophie von Grice steht die Differenzierung zwischen „Gesagtem“ und „Gemeintem“, welche den Unterschied zwischen der semantischen Bedeutung von Wörtern und Sätzen (Semantik) einer Äußerung und ihrem eigentlichen, mithilfe des Kontextes zu eruiierenden, Sinngehaltes (Pragmatik) hervorhebt. Die genaue Trennlinie zwischen jenen Informationsquellen der Semantik und der Pragmatik ist Gegenstand des vieldiskutierten Semantik-Pragmatik Disput. Näheres über die wissenschaftliche Disziplin der Pragmatik bei *Bublitz/Norrick*, Introduction, in Bublitz/Norrick (Hrsg), Foundations of Pragmatics (2011) 1; *Jaszczolt/Allan*, Introduction, in Jaszczolt/Allan (Hrsg), The Cambridge Handbook of Pragmatics (2012) 2; *Kepa/Perry*, Pragmatics, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2020) <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/pragmatics/>>; *Recanati*, Pragmatics, in Craig (Hrsg), Routledge Encyclopedia of Philosophy <<https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/pragmatics/v-1#>> (Stand 2002).

²⁰⁸ *Sperber/Wilson*, Relevance² (1995).

²⁰⁹ Vgl etwa *Scott-Phillips*, Speaking our Minds (2014) 2 ff.

²¹⁰ *Sperber/Wilson*, Relevance² 3 ff.

Sender „verschlüsselt“ (bzw. „enkodiert“) Information in ein Signal, welches über einen Kommunikationskanal hinweg zu einem Empfänger transferiert und schließlich von diesem „entschlüsselt“ (bzw. „dekodiert“) wird.²¹¹ Ziel des Senders ist es, den Verschlüsselungsprozess der Information sowie den Sendungsprozess des Signals möglichst fehlerfrei zu gestalten.²¹²

Kodierungsmodelle machen den Erfolg einer kommunikativen Interaktion von übereinstimmenden Mechanismen der Assoziation abhängig. Um Informationstransfers bewerkstelligen zu können, müssen Verschlüsselung und Entschlüsselung bestimmter Signale nach gleichlautenden „Assoziationsregeln“ ablaufen. Ein Sender assoziiert demnach bestimmte gedankliche Inhalte mit der Produktion bestimmter Signale und ein Empfänger sollte den Erhalt bestimmter Signale wiederum mit deckungsgleichen gedanklichen Inhalten verbinden. Findet eine solche übereinstimmende assoziationsbezogene Regelbefolgung statt, kann Kommunikation funktionieren.²¹³

Menschliche Sprachen sind konventionelle Systeme bestimmter Assoziationsregeln.²¹⁴ Zwischenmenschliche Kommunikation wird, im Sinne des Kodierungsmodells, erst durch die gemeinsame Kenntnis²¹⁵ einer Sprache sowie durch deren reibungslose En- und

²¹¹ *Scott-Phillips*, *Language and Communication*, in Zeigler-Hill/Welling et al (Hrsg), *Evolutionary Perspectives on Social Psychology* (2015) 279; *Scott-Phillips*, *Non-Human Primate Communication, Pragmatics, and the Origins of Language*, *Current Anthropology* 56 (2015) 58.

²¹² *Sperber/Wilson*, *Remarks on relevance theory and the social sciences*, *Multilingua* 16 (1997) 145.

²¹³ *Scott-Phillips*, *Speaking* 6 ff.

²¹⁴ Eine weitverbreitete Meinung definiert den Begriff der Sprache als ein regelgeleitetes System der Repräsentation. Festgelegte Prinzipien bestimmen, wie einzelne repräsentative Objekte kombiniert werden dürfen, damit jene neugewonnenen Kombinationen eine neuartige repräsentative Bedeutung erlangen. Eine natürliche Sprache ist demnach ein regelgeleitetes System, welches menschlichen Lauten, Symbolen oder Gesten eine repräsentative Bedeutung zuschreibt und dessen hauptsächlicher Verwendungszweck die zwischenmenschliche Kommunikation ist. Näheres dazu bei *Devitt*, *Overlooking Conventions* (2021) 33: “What is a language? It is a system of representations or symbols that is constituted by a set of governing rules, and that a group of organisms use to communicate with each other.”; *Neale* in *Ostertag* 253; *Searle* in *Tsahatzidis* 29; *Wilson/Sperber*, *Relevance*² 173: „In the broadest sense, a language is a set of well-formed formulas, a set of permissible combinations of items from some vocabulary, generated by a grammar. In a narrower sense, a language is a set of semantically interpreted well-formed formulas. A formula is semantically interpreted by being put into systematic correspondence with other objects: for example, with the formulas of another language, with states of the user of the language, or with possible states of the world. A language in this narrower sense [...] is a grammar-governed representational system.”.

²¹⁵ Damit die sprachlich unterstützte zwischenmenschliche Kommunikation funktionieren kann, bedarf es eines sozial anerkannten, wiederholbaren, und erlernbaren sprachlichen Systems. Diese Eigenschaften natürlicher Sprachen werden zumeist mit Hilfe des Konzeptes der Konvention beschrieben. Die einflussreichste Theorie menschlicher Konventionen hat der Philosoph David Lewis entwickelt. Ihm zufolge sind Konventionen spontan entstandene Lösungen sozialer Koordinationsprobleme. Bestimmte praktikable Regelmäßigkeiten innerhalb einer menschlichen Gemeinschaft bestehen den Test der Zeit und werden zur Gewohnheit, da sie einen entscheidenden Beitrag zur Lösung eines Koordinationsproblems leisten. Siehe *Lewis*, *Languages and Language*, in *Lewis* (Hrsg), *Philosophical Papers Vol I* (1983) 164.

Dekodierung möglich.²¹⁶ Die Grenzen der kommunikativen Fähigkeit des Menschen, also die Bandbreite jener Informationen, die ein Sprecher durch die Verwendung sprachlicher Signale übermitteln kann, werden durch die Sprachkenntnis, sowie durch die begrenzte assoziative Ausgestaltung einer Sprache vorgegeben.

b. Das Inferenzmodell

Das rivalisierende Inferenzmodell der Kommunikation übernimmt die grundsätzliche Einsicht, dass Sprachen konventionelle Systeme einheitlicher Assoziationen sind. Vertreter des Inferenzmodells sind jedoch der Meinung, dass zwischen den kodifizierten Bedeutungen einer Äußerung und dem tatsächlich transferierten Informationsgehalt einer kommunikativen Interaktion häufig Diskrepanzen herrschen. Kommunikation ist demnach nicht auf ausschließlich von der En- und Dekodierung konventioneller Codes abhängig.²¹⁷

Ausgangspunkt des Inferenzmodells ist zunächst die Annahme, dass der Erfolg einer kommunikativen Interaktion davon abhängig ist, ob ein Hörer den Inhalt der *kommunikativen Intention* eines Sprechers erkennt.²¹⁸ Der kommunikative Erfolg einer sprachlichen Äußerung korreliert also mit dem korrekten Verständnis kommunikativer Intentionen.²¹⁹ Aufgrund jenes intentionsbezogenen Fokusses wird das Inferenzmodell der Kommunikation auch als „Intentionalismus“ („intentionalism“) bezeichnet.²²⁰

Die hinter einer sprachlichen Äußerung stehende kommunikative Intention wird üblicherweise in zwei miteinander verbundene Teile, nämlich in eine *informative Intention* und eine kommunikative Intention *im engeren Sinne* (ieS), aufgespalten. Die informative Intention eines Sprechers besteht aus der Absicht, einen bestimmten gedanklichen „Informationseffekt“ bei einem Hörer auszulösen.²²¹ Die kommunikative Intention ieS bezieht sich auf die Absicht eines Sprechers, die einhergehende informative Intention einem

²¹⁶ Kurz und treffend zusammengefasst wurde dies in Sperber, How do we communicate, in Brockman/Matson (Hrsg), How things are: A science toolkit for the mind (1995) 191.

²¹⁷ Sperber in Brockman/Matson 191.

²¹⁸ Audi, The Scope of Intention: Action, Conduct, and Responsibility, Royal Institute of Philosophy Supplement (2017) 1; Scott-Phillips, Speaking 10; Searle, Social World 25 ff.

²¹⁹ Bach, Speech Acts and Pragmatics, in Devitt/Hanley (Hrsg), The Blackwell Guide to the Philosophy of Language (2006) 147 (154); Neale, Determinations of Meaning, in Lepore/Sosa (Hrsg), Oxford Studies in Philosophy of Language Volume 2 (2022) 25.

²²⁰ Harris, Intention Recognition as the Mechanism of Human Communication, in Sullivan (Hrsg), Sensations, Thoughts, Language: Essays in Honor of Brian Loar (2019) 11; Harris, Intentionalism vs The New Conventionalism, Croatian Journal of Philosophy 16 (2016) 173.

²²¹ Allott, Key Terms in Pragmatics (2010) 103.

Hörer erkennbar zu machen.²²² Demnach enthält die kommunikative Intention ein „reflexives“ Element, denn durch die kommunikative Intention ieS will ein Sprecher, dass die eigene kommunikative Intention als solche wahrgenommen wird.²²³

Das Ziel eines kommunikativen Akts ist es, einem Hörer die Erkenntnis der eigenen kommunikativen Intention zu ermöglichen. Ein Sprecher kann einem Hörer dabei verschiedenste Hilfsmittel (Evidenzen) zur Verfügung stellen. Ein besonders nützliches Hilfsmittel ist die Verwendung von Wörtern und Sätzen natürlicher Sprachen.²²⁴ Im Unterschied zum Kodierungsmodell, misst das Inferenzmodell der Kodifizierung sprachlicher Bedeutungen jedoch keine unumgängliche Bedeutung bei. Diese ist, neben anderen *spontanen* Ausdrucksformen, bloß eine mögliche, wenn auch dominante, Form der Kommunikation. Natürliche Sprachen erhöhen zwar das kommunikative Potential einer Äußerung, die Entschlüsselung ihres sprachlichen Inhaltes ist aber nicht das letztendliche Ziel der Interpretation.²²⁵ Dieses ist das Verständnis der kognitiven Realität, welche hinter einer Äußerung steht.²²⁶ Sprachliche Systeme erhöhen jedoch die Effizienz der Inhaltsübermittlung und das Spektrum der Information, das kommuniziert werden kann.

Die Interpretation eines sprachlichen Ausdrucks teilt sich, Wilson und Sperber zufolge, sohin in zwei Phasen. Die erste Phase besteht aus der Entschlüsselung („Dekodierung“) kodifizierter Elemente einer sprachlichen Äußerung. Die zweite Phase besteht aus der interpretativen Verbindung aller relevanten Informationen, die aus dem Gesamtkontext der Äußerung entspringen. Mithilfe einer solchen *kontextuellen Untermalung* des kodifizierten Informationsgehalts bildet ein Hörer schließlich eine Hypothese über den Inhalt der kommunikativen Intention.²²⁷

²²² Allott, Terms 33-34.

²²³ Bach, Saying, Meaning, and Implicating, in Allan/Jaszczolt (Hrsg), Cambridge Handbook of Pragmatics (2012) 47 (53).

²²⁴ Bach in Devitt/Hanley 7 ff; Ehrhardt/Heringer, Pragmatik (2011) 37.

²²⁵ Scott-Phillips, Speaking 28.

²²⁶ Das Inferenzmodell schildert, wie es für uns Menschen möglich sein kann Gedanken unmittelbar und unkonventionell auszutauschen. Deshalb sprechen viele Vertreter dieser Position auch von der menschlichen Kommunikation als Form des „Gedankenlesens“. Näheres dazu bei Carston, Thoughts and Utterances (2002) 43 ff; Harris in Sullivan 20 ff; Wilson/Sperber, Relevance Theory, in Horn/Ward (Hrsg), The Handbook of Pragmatics (2004) 607 (623 ff).

²²⁷ Wilson/Sperber, Meaning and Relevance (2012) 149.

2. Explizite und implizite Kommunikation

Die größte Schwäche des Kodierungsmodells ist sein erklärungsbezogener Fokus auf die *Kodifizierung* sprachlicher Bedeutungen. Demgemäß ist der kommunikative Erfolg abhängig von störungsfreien Prozessen der En- und Dekodierung. Diese Theorie kommt jedoch bei der Betrachtung bestimmter kommunikativer Beispielsituationen²²⁸ in Erklärungsnot, denn, so drücken es Ehrhard und Heringer aus: „in realer Kommunikation scheinen wir ständig mehr zu verstehen, als (durch die Verwendung sprachlicher Bedeutungen) gesagt wird.“²²⁹

Der Inhalt kodifizierter sprachlicher Bedeutungen ist im Verhältnis zum gesamten kommunizierten Sinngehalt einer Äußerung zumeist unterdeterminiert bzw. verkürzt.²³⁰ Der Grund für die theoretische Mangelhaftigkeit des Kodierungsmodells ist also, dass dieses Formen der „impliziten“, „nicht-wörtlichen“ oder „indirekten“ Kommunikation nicht

²²⁸ Ein Beispiel ist die Verwendung *nicht propositional abgeschlossener Sätze*: 1) „Wissen Sie, wo das Buch steht?“ 2) „Ja, dort!“ Die sprachliche Bedeutung von Äußerung 2) beinhaltet keinen eigenständigen Informationsgehalt. Eingebettet in eine kommunikative Situation erlangt die Äußerung jedoch etwa den folgenden Sinngehalt: 3) „Ja, ich weiß, wo das Buch steht. Es steht auf dem Bücherregal in meinem Büro.“ Siehe *Bach*, Context ex machina, in Szabo (Hrsg.), Semantics Versus Pragmatics (2005) 15 (26);

Ein weiteres einschlägiges Phänomen ist die Verwendung „ambiguitärer“ sprachlicher Bedeutungen: 4) „Treffen wir uns bei der Bank?“ Die sprachliche Bedeutung dieses Satzes 4) lässt, aufgrund der Mehrdeutigkeit des Wortes „Bank“, mehrere Auslegungen zu. Ob die Äußerung eine Aufforderung für ein Treffen bei einem Kreditinstitut, bei einer Sitzgelegenheit, oder aber bei einer Schotterbank eines Flusses ist, kann nur im Hinblick auf die kommunikative Intention des Sprechers beantwortet werden. Siehe *Bach* in Allan/Jaszczolt 51; *Carston*, Linguistic communication and the semantics/pragmatics distinction, Synthese 165 (2008) 321 (335).

Ebenso beispielhaft sind ironische Äußerungen wie: 5) „So ein schönes Wetter heute, oder?“ Mit 5) kann ein Sprecher problemlos das Gegenteil der sprachlichen Bedeutung des Satzes meinen, nämlich, dass das Wetter heute besonders schlecht ist. Siehe dazu *Carston*, Thoughts 15.

Nicht zuletzt wird häufig auf die kommunikative Praxis bei Arbeitszeugnissen hingewiesen: 6) „Sie war pünktlich und um eine zufriedenstellende Arbeitsweise bemüht.“ Ein Arbeitgeber bringt mit der Ausstellung eines solchen Arbeitszeugnisses in aller Regel die Mangelhaftigkeit der jeweiligen Arbeitskraft zum Ausdruck. Der intendierte Sinn der Äußerung enthält hierbei zusätzliche, von der sprachlichen Bedeutung der Äußerung nicht erfasste, Informationsgehalte. Siehe dazu *Bach*, You don't Say? Synthese 128 (2001) 15 (19); Siehe dazu auch *Solum*, Contractual Communication, Harvard Law Review Forum 133 (2019) 23 (28-29).

²²⁹ *Ehrhardt/Heringer*, Pragmatik 18; Vgl auch *Sperber/Wilson*, Relevance² 6.

²³⁰ *Bach* in Szabo 15-16: „Indeed, it is now a platitude that linguistic meaning generally underdetermines speaker meaning. That is, generally what a speaker means in uttering a sentence, even if the sentence is devoid of ambiguity, vagueness, or indexicality, goes beyond what the sentence means. The question is what to make of this Contextualist Platitude, as I'll call it.“; *Carston*, Thoughts 19: „What is meant by this (semantic underdeterminacy) is that the linguistic semantics of the utterance, that is, the meaning encoded in the linguistic expressions used, the relatively stable meanings in a linguistic system, meanings which are widely shared across a community of users of the system, underdetermines the proposition expressed.“

adäquat beschreiben kann.²³¹ Die Tatsache der *semantischen Unterdeterminierung* sprachlicher Äußerungen legt somit eine Ablehnung des Kodierungsmodells nahe.

Inwieweit die kodifizierten sprachlichen Bedeutungen einer Äußerung mit dem gesamten kommunizierten Sinngehalt übereinstimmen, kann letztendlich nur durch Kenntnis der kommunikativen Intention des Sprechers beantwortet werden. Aus der Perspektive des Hörers bildet die kommunikative Intention des Sprechers also den entscheidenden Bezugspunkt, an dem sich die Auswahl zwischen verschiedenen sprachlichen Bedeutungen orientiert und anhand dessen kontextuelle Informationen angemessen eingeordnet werden können.²³²

Kodifizierte sprachliche Bedeutungen sind dennoch alles andere als unwichtig für zwischenmenschliche kommunikative Interaktionen. Mit ihrer Hilfe kann ein Sprecher Inhalte *ausdrücklich*, *wortwörtlich* und *explizit* kommunizieren. Von der Sprecherperspektive als auch von der interpretativen Perspektive eines Hörers agieren kodifizierte Syntax und Wortbedeutungen einer natürlichen Sprache somit als Vorgaben und Grenzziehungen des explizit vermittelten Informationsgehalts.²³³

Unterschiedlich bewertet wird jedoch, wie viel Raum des explizit kommunizierten Sinngehaltes tatsächlich durch die kodifizierten sprachlichen Bedeutungen abgedeckt wird. Anhänger der pragmatischen Strömung der *Relevanztheorie* vertreten die Ansicht, dass die kodifizierten Bedeutungen einer Äußerung ihren kommunizierten Sinngehalt niemals gänzlich abbilden, selbst dann, wenn ein Sprecher intendiert, diesen gänzlich explizit zu kommunizieren. Vollkommen explizite Kommunikation, etwa durch den Einsatz exakter Sprache, ist ein Ding der Unmöglichkeit.²³⁴ Sperber und Wilson beschreiben den explizit kommunizierten Sinngehalt daher als einen Inhalt, der auf einer bloßen Derivation der sprachlichen Bedeutung basiert.²³⁵ Für die Relevanztheorie ist das, was explizit kommuniziert wird, jener Teil des kommunizierten Sinngehaltes, der unmittelbar auf den verwendeten kodifizierten Bedeutungen aufbaut. Die kodifizierten Wörter und Sätze einer

²³¹ Bach/Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts* (1982) 173 ff; Harris, *Croatian Journal of Philosophy* 16 (2016) 181 ff.

²³² Vgl. Bach in Szabo 26-27.

²³³ Vgl. Carston/Hall, *Implicature and Explicature*, in Schmid (Hrsg), *Cognitive Pragmatics* (2012) 47 (54).

²³⁴ Carston/Hall in Schmid 64-65.

²³⁵ Sperber/Wilson, *Relevance*² 182: "Explicitness: An assumption communicated by an utterance U is explicit if and only if it is a development of a logical form encoded by U."

Äußerung bilden demnach einen *strukturell-inhaltlichen Rahmen* für die Vermittlung expliziter Sinngehalte.²³⁶

Demgegenüber versteht Bach explizite Kommunikation als *direkte Vermittlung* kommunikativer Inhalte. Für ihn stimmt der direkt vermittelte Inhalt einer Äußerung oftmals mit den kodifizierten Bedeutungen überein. Er nimmt sohin eine geringere Diskrepanz zwischen dem expliziten Sinngehalt und den kodifizierten Sprachbedeutungen an, als dies in der Relevanztheorie der Fall ist.²³⁷

Im Folgenden wird im Sinne einer Synthese der beiden Ansätze zwischen *expliziten Inhalten* unterschieden, die auf kodifizierten Bedeutungen beruhen, innerhalb deren strukturell-inhaltlichen Rahmens kommuniziert werden und mit diesen zumindest weitgehend deckungsgleich sind, sowie *impliziten Inhalten*, die nicht auf kodifizierten Bedeutungen beruhen, sondern diese erweitern oder verkürzen.

3. Die Semantik-Pragmatik Unterscheidung

In der kontemporären Sprachphilosophie hat sich eine kategorische Zweiteilung der Evidenzen etabliert, anhand derer ein Hörer auf den Sinngehalt einer Äußerung schließt.²³⁸ Diese Einteilung erlangte unter dem Namen der „Semantik-Pragmatik Unterscheidung“ Bekanntheit.

Durch die vorangestellten Ausführungen über die wichtigsten Eckpunkte des Inferenzmodells sollte hervorgegangen sein, dass ein Hörer zwei verschiedene Arten von Informationen zur Interpretation einer sprachlichen Äußerung heranzieht: 1) kodifizierte sprachliche (semantische) Bedeutungen und 2) alle anderen kontextuell-relevanten (pragmatische) Informationen.²³⁹ Erstere werden mit dem Begriff der *Semantik* und letztere mit dem Begriff der *Pragmatik* zusammengefasst.

²³⁶ Neale, This, That and the Other, in Bezuidenhout/Reimer (Hrsg), *Descriptions and Beyond* (2004) 88: “From the hearer’s perspective, we can talk first about the fact that knowledge of the syntax of X and knowledge of the meanings of all the words in X do not suffice for identifying what A is saying by uttering X (even where the superficial form evinces no lexical or structural ambiguity). At most they yield a blueprint.”.

²³⁷ Bach, Implicature vs. Explicature: What’s the Difference? in Soria/Romero (Hrsg), *Explicit Communication: Robyn Carston’s Pragmatics* (2010) 126 (129-131); Bach, *Synthese* 128 (2001) 17 ff.

²³⁸ Allott, *Key Terms* 173.

²³⁹ Bach in Allan/Jaszczolt 47-48; Bach in Devitt/Hanley 160; Bach, *Synthese* 128 (2001) 22: “For me, it (the semantic/pragmatics distinction) applies fundamentally to types of information [...] Whereas semantic information is encoded in what is uttered, pragmatic information is generated by, or at least made relevant by, the act of uttering it [...] The act of producing the utterance exploits the information encoded but by its very

Die Semantik ist gleichbedeutend mit den konventionellen Bedeutungen einer natürlichen Sprache.²⁴⁰ Sie ist ein fixer Bestandteil sprachlicher Äußerungen und hat, da ihre Inhalte durch die Konventionen einer Sprachgemeinschaft determiniert werden, eine gewisse vom Äußerungskontext unabhängige Existenz.²⁴¹ Die Semantik umfasst sowohl die Regeln für die Verwendung einzelner Wörter (Semantik im engeren Sinne) als auch die Regeln der Syntax, welche die Zusammensetzung von Wörtern zu komplexen Einheiten determinieren.²⁴²

Die Regeln der Semantik, die von einem Großteil der Mitglieder einer Sprachgemeinschaft verwendet werden, können als *Gemeinsprache* bezeichnet werden.²⁴³ Demgegenüber werden Regeln, die bloß einem kleineren Personenkreis innerhalb der Sprachgemeinschaft geläufig sind, als *spezifischer bzw. fachlicher Sprachgebrauch* beschrieben.²⁴⁴ Ohne Zweifel sind diese Begriffe mit großen Unschärfen behaftet, da die jeweils konventionstreibenden Sprachgemeinschaften schwierig voneinander abzugrenzen sind. Der Übergang von der Gemeinsprache zum spezifischen Gebrauch ist daher durchgehend fließend.²⁴⁵

performance creates new or otherwise invokes extralinguistic information. That information, combined with the information encoded, provides the basis for the hearers identification of the speakers communicative intention.”; Carston, *Synthese* 165 (2008) 323 ff.

²⁴⁰ Griller/Potacs, Zur Unterscheidung von Pragmatik und Semantik in der juristischen Hermeneutik, in Vetter/Potacs (Hrsg), *Beiträge zur juristischen Hermeneutik* (1990) 66 (79-80): „Unter Semantik sei die Lehre von der Bedeutung von Worten und Sätzen verstanden, wie sie sich nach dem üblichen Gebrauch in der Sprachgemeinschaft darstellt.“

²⁴¹ Searle, *literal meaning*, *Erkenntnis* 13 (1978) 207 (208).

²⁴² Solum, *Harvard Law Review Forum* 133 (2019) 28.

²⁴³ Busse, *Juristische Fachsprache und öffentlicher Sprachgebrauch: Richterliche Bedeutungsdefinitionen und ihr Einfluß auf die Semantik politischer Begriffe*, in Liedtke/Wengeler/Böke (Hrsg), *Begriffe besetzen: Strategien des Sprachgebrauchs in der Politik* (1991) 160, definiert den Begriff der Gemeinsprache als „öffentliche Verständigungssprache“; Vielfach wird der Begriff des „allgemeinen Sprachgebrauchs“ synonym mit jenem der Gemeinsprache verwendet. Dies stellt vor allem eine in der Rechtswissenschaft und in der juristischen Praxis geläufige Verwendungsart dar. Vgl etwa P. Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*⁴ (2023) 28, der den allgemeinen Sprachgebrauch mit der „allgemeinen Spracherfahrung“ sowie dem „überwiegenden Sprachgebrauch“ gleichsetzt; Ebenso verwendet VwGH den Begriff des allgemeinen Sprachgebrauchs regelmäßig im Sinne der Gemeinsprache. Vgl etwa VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0089; Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass Potacs den Begriff des allgemeinen Sprachgebrauchs in einem weiter gefassten Sinne versteht. Potacs, *Rechtstheorie*³ (2025) 159, setzt ihn mit den „verschiedenen Regeln des Gebrauches der natürlichen Sprache“, verstanden als „in der Alltagskommunikation entwickelt[e] [...] Kommunikationskriterien“, gleich. Diese weite Konzeption entspricht dem in der vorliegenden Arbeit verwendeten Begriff der *allgemeinen Kommunikationspraxis*.

²⁴⁴ Reimer, *Terminologizität und Relativität der Rechtsbegriffe revisited*, in Vogel/Walter/Tripps (Hrsg.), *Korpuslinguistik im Recht. Theoretische Überlegungen und Fallstudien* (2022) 55 (59).

²⁴⁵ Busse in Liedtke/Wengeler/Böke 160, räumt ein, dass „der linguistische Terminus ‚Fachsprache‘ nur schwer eindeutig zu definieren und gegenüber anderen Erscheinungsformen der Gesamtsprache abzugrenzen ist“.

Eine effektive Methode, um die Regeln der Semantik innerhalb einer Sprachgemeinschaft zu ermitteln, ist die Korpuslinguistik. Die Korpuslinguistik ist eine linguistische Disziplin, die sich dem Studium großer Sprachdatensammlungen verschrieben hat.²⁴⁶ Innerhalb einer solchen Sprachdatensammlung, genannt Korpus, werden dabei Muster der Sprachverwendung nachgewiesen. Die Korpuslinguistik wird daher auch als ein „strukturentdeckendes Verfahren“²⁴⁷ bezeichnet. Letztlich zielt die Korpuslinguistik auf die „Beschreibung von Äußerungen natürlicher Sprachen“ ab und sie versucht diese durch die systematische Untersuchung „authentischer Texte, die in Korpora zusammengefasst sind“²⁴⁸, zu bewerkstelligen.²⁴⁹

Die Pragmatik umfasst jegliche Evidenzen kommunikativer Sinngehalte, die einem konkreten Äußerungskontext²⁵⁰ entspringen. Ein Datum ist eine pragmatische Information, wenn dessen Kenntnis für den Rückschluss auf den Inhalt einer kommunikativen Intention relevant ist und es keine semantische Bedeutung darstellt. Das Konzept der pragmatischen Information ist somit eine *Negativgröße*, es umfasst alle kommunikativ-relevanten Hinweise außer der Semantik.

Durch den Rückgriff auf pragmatische Informationen wird somit die epistemologische Lücke, die sich zwischen den sprachlichen Bedeutungen dem Sinngehalt einer sprachlichen Äußerung auftut, übersprungen. Aufgrund ihrer starken Verbindung zu einem jeweiligen Äußerungskontext gibt es keine prinzipielle Beschränkung ihrer Form. Alle relevanten Begebenheiten, die einem Hörer bei der Erkenntnis einer kommunikativen Intention weiterhelfen, können daher unter den Begriff der Pragmatik fallen.²⁵¹

²⁴⁶ Borg, What is it to be Responsible for What you Say? Royal Institute of Philosophy Supplement 95 (2024) 107 (117).

²⁴⁷ Perkuhn/Keibel/Kupietz, Korpuslinguistik (2012) 21.

²⁴⁸ Lemnitzer/Zinsmeister, Korpuslinguistik: eine Einführung³ (2015) 14-15.

²⁴⁹ Zur Korpuslinguistik und ihre mögliche Verwendung in der gerichtlichen Praxis siehe Hamann, Der „Sprachgebrauch“ im Waffenarsenal der Jurisprudenz: Die Rechtspraxis im Spiegel der quantitativ-empirischen Sprachforschung, in Vogel (Hrsg), Zugänge zur Rechtssemantik (2015) 184.

²⁵⁰ Siehe auch Griller/Potacs in Vetter/Potacs 80: „Die Bedeutung einer Äußerung lässt sich in diesen Fällen nicht nach den üblichen Sprachgebrauchsregeln, sondern nur unter Zuhilfenahme anderer Mittel feststellen. Von ausschlaggebender Wichtigkeit ist dabei zumeist der jeweilige Äußerungskontext, der wegen seiner Besonderheit auf Abweichungen von der üblichen Äußerungsbedeutung schließen lässt.“.

²⁵¹ Bach in Devitt/Hanley 160; Alternativ oder komplementär zu einer, aufgrund der verschiedenartigen Informationsarten, die bei der Äußerungsinterpretation eine Rolle spielen, getroffenen Unterscheidung, können die Begriffe der Semantik und der Pragmatik auch auf Arten der interpretativen bzw. kognitiv-psychologischen Prozesse bezogen werden. Das Verständnis einer sprachlichen Äußerung durch einen Hörer wird hierbei mithilfe des Zusammenspiels zweier voneinander verschiedener mentaler Module bewerkstelligt. Die Dekodierung bzw. Entschlüsselung von sprachlichen Bedeutungen werden durch ein eigenes kognitives

4. Pragmatische Prinzipien

Sprachliche Kommunikation lässt sich somit auch als zwischenmenschliche Informationsübertragung unter Rückgriff auf semantische und pragmatische Indizien definieren. Dieser Vorgang wird durch weitere internalisierte Regeln über allgemeine kommunikative Verhaltensmuster gestützt, welche als *pragmatische Prinzipien* bezeichnet werden.²⁵²

Die Diskussion über solche Prinzipien wurde maßgeblich vom Sprachphilosophen Paul Grice angestoßen.²⁵³ Grice argumentiert, dass zwischenmenschliche Kommunikation, insbesondere das Verständnis impliziter Sinngehalte, nur funktionieren kann, wenn die Beteiligten bestimmten *Konversationsmaximen* folgen. Diese Maximen stellen für Grice Ableitungen des sogenannten *Kooperationsprinzips* dar. Dem Kooperationsprinzip gemäß, hat jede kommunikative Äußerung dem Zweck und Ziel des jeweiligen Gesprächs zu dienen. Daraus können wiederum spezifischere Prinzipien entwickelt werden, wie etwa die Maxime der Quantität („sei so informativ wie notwendig“) oder die Maxime der Qualität („sage nichts unwahres“).²⁵⁴ Grices Konversationsmaximen haben seither zahlreiche wissenschaftliche Diskussionen und Weiterentwicklungen angeregt.

Die neo-griceanischen Theorien von Horn und Levinson reduzieren Grices ursprüngliche Maximen auf zwei zentrale Prinzipien.²⁵⁵ Das Q-Prinzip („sage so viel, wie du kannst“) fordert, dass stets genügend kodifizierte sprachliche Informationen bereitzustellen sind. Das I-Prinzip („sage nicht mehr, als du musst“) legt fest, dass nur notwendige kontextrelevante

Spracherkennungsmodul registriert und verarbeitet. Das Ergebnis dieses linguistischen Dekodierungsprozesses ist eine informative „Grundstruktur“ (bzw. ein Schema). Diese wird in einem weiteren Schritt durch den globalen mentalen Prozess (ihm ist kein eigenes mentales Modul zugewiesen) der pragmatischen Inferenz zu einem vollständigen Inhalt verarbeitet. Der Prozess der pragmatischen Inferenz bedient sich dabei einer unbegrenzt vielfältigen Informationspalette, welche einzig und allein durch den Kontext und das Ziel ein plausibles Interpretationsergebnis zu erzielen, beschränkt ist. Siehe dazu Carston, Synthese 165 (2008) 324; Carston, Thought 57.

²⁵² Vgl. Carston, Legal Texts and Canons of Construction, in Freeman/Smith (Hrsg), Law and Language: Current Legal Issues Volume 15 (2013) 8 (13): “utterance comprehension (or interpretation) is achieved by means of (defeasible) inferential processes, which are constrained, but not determined, by the linguistic evidence. These interpretive inferences are taken to be guided by certain pragmatic principles concerning standards of communicative behaviour that we are entitled to expect from rational agents. These have been formulated as a set of conversational maxims or norms by Grice and others and more fundamentally, as cognitive interpretive principles by Dan Sperber and Deirdre Wilson.”.

²⁵³ Grice, Studies in the Way of Words (1991), 26 ff.

²⁵⁴ Davis in Zalta/Nodelman Punkt 6.

²⁵⁵ Siehe dazu etwa Horn, Towards a New Taxonomy for Pragmatic Inference: Q-based and R-based Implicature”, in Schiffrin (Hrsg), Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics 1984 (1984) 11; Levinson, Presumptive Meanings: The Theory of Generalized Conversational Implicature (2000).

Details mitgeteilt werden sollen und Allgemeinwissen keiner besonderen Erwähnung bedarf. Für den Hörer lassen sich diese Prinzipien in zwei interpretative Heuristiken übersetzen:²⁵⁶

11. Q-Heuristik: „Was nicht gesagt wurde, ist nicht der Fall.“
12. I-Heuristik: „Knapp oder einfach Beschriebenes bezieht sich auf den prototypischen Fall.“

Relevanztheoretische Ansätze (vor allem die von Sperber und Wilson) erklären das Funktionieren von Kommunikation mittels zweier Prinzipien, die auf dem Begriff der „kognitiven Relevanz“ beruhen.²⁵⁷ Ein Stimulus gilt als relevant, wenn er einen positiven kognitiven Effekt (nützliche Information) bei relativ geringen Verarbeitungskosten erzeugt. Dem *kognitiven Prinzip der Relevanz* gemäß folgt unsere Kognition also stets der Maximierung von Relevanz. Das *kommunikative Prinzip der Relevanz* wiederum legt fest, dass jeder sprachliche Ausdruck eine Vermutung der eigenen Relevanz innehat. Hörer wählen typischerweise die Interpretation einer Äußerung, die mit minimalem interpretativem Aufwand hinreichende inhaltliche Relevanz bietet. Ebenso passen Sprecher ihre Beiträge an das Vorwissen und die Erwartungen ihres Gegenübers an.²⁵⁸

Im neo-griceanischen als auch im relevanztheoretischen Sinne sind pragmatische Prinzipien als *kommunikative Vermutungen* zu verstehen, die ein Hörer gegenüber einem rationalen Kommunikator halten darf.²⁵⁹ Sie legen daher einen wichtigen Grundstein der zwischenmenschlichen Kommunikation, da sie sicherstellen, dass sowohl Sprecher als auch Hörer ihre Beiträge so gestalten, dass sie relevanten kommunikativen Zielen dienen. Die pragmatischen Prinzipien repräsentieren sohin all jene angemessenen Annahmen, die kooperative Sprecher und Hörer auszeichnen.²⁶⁰

²⁵⁶ Einführend siehe Carston in Freeman/Smith 15-16, und Ehrhardt/Heringer, Pragmatik 76-77.

²⁵⁷ Wilson/Sperber in Horn/Ward 608 ff.

²⁵⁸ Carston, the semantics/pragmatics distinction: a view from relevance theory, *Linguistics* 10 (1998) 85 (105).

²⁵⁹ Dabei fügen sie sich in das generelle Bild der allgemeinen Kommunikationspraxis ein, welche aus kontextabhängigen Rückschlüssen auf kommunikative Sinngehalte besteht. Diese Rückschlüsse beruhen auf semantischen und pragmatischen Indizien, die jeweils in ihrer konventionellen Ausprägung selbst situationsbezogene Vermutungen darstellen. Näheres dazu unten bei II.F.4.

²⁶⁰ Bach in Szabo 19; Bach in Allan/Jaszczolt 56.

F. Methoden der Rechtsauslegung

1. Rechtsinterpretation und Kommunikation

Welche Lehren können nun von dem oben dargestellten Bild der sprachlichen Kommunikation für das Verständnis rechtlicher Interpretation gewonnen werden?

Im Rahmen dieser Arbeit wurde Rechtsinterpretation als Eruierung rechtsnormativer Inhalte definiert. Um den diesen Vorgang näher bestimmen zu können, wurde ein möglicher, aber wohl zentraler, Weg der konstitutiven und inhaltlichen Determinierung rechtsnormativer Inhalte nachgezeichnet.²⁶¹ In diesem Sinne wurde eine plausible Version des Begriffes der rechtlichen Anordnung vorgestellt. Demnach besteht eine rechtliche Anordnung aus der sprachlichen Kommunikation eines Verhaltensstandards. Sprachliche Kommunikation ist sohin ein zentrales Konzept für den Begriff der rechtlichen Anordnung, da nur so zwischen „gesetzgebenden [...] rechtsanwendenden oder rechtsbefolgenden Menschen [...] eine Verständigung über Rechtliches erreicht werden [kann]“²⁶². Mit Rill kann sohin behauptet werden, dass „Rechtsetzung und Rechtsanwendung als Kommunikationsprozess zu begreifen sind“²⁶³.

Die Erkenntnisse über den generellen Ablauf sprachlicher Kommunikation und über die bestehenden Konventionen und Regeln der allgemeinen Kommunikationspraxis sind demnach grundsätzlich auch auf die theoretische Erschließung der rechtlichen Interpretationsmethode anzuwenden.²⁶⁴

Dabei ist aber auf die „besondere Ausprägung dieser Konventionen“²⁶⁵ im juristischen Kontext zu achten. Denn einer rechtlichen Anordnung kommt, neben ihrer Funktion als kommunikativer Akt, auch die Aufgabe der Begründung und inhaltlichen Determinierung einer rechtlichen Norm zu. Diese rechtsnormative Funktion erfüllt sie zwar zunächst nur, wenn sie ihren verhaltensanweisenden Inhalt den jeweiligen Adressaten der Rechtsnorm

²⁶¹ Andere mögliche Rechtsquellen wurden außer Acht gelassen.

²⁶² F. Bydlinski, Methodenlehre² 231.

²⁶³ Rill, ZfV 1985, 466.

²⁶⁴ Potacs, Rechtstheorie³ 159; Potacs, Objektive Rechtswissenschaft oder Reine Rechtslehre? ZöR 2024, 5 (15-16) spricht davon, dass die „Regeln der natürlichen Sprache zum einen [...] empirisch beobachtbare Konventionen“ darstellen, und „zum anderen die Bedingungen sprachlicher Verständigung darstellen und insoweit einen ‚normativen‘ Charakter aufweisen“. In diesem Sinne haben „sämtliche semantische und pragmatische Regeln des Sprachgebrauchs“ einen sogenannten „Doppelcharakter“.

²⁶⁵ Potacs, Rechtstheorie³ 160.

erfolgreich kommuniziert,²⁶⁶ dennoch können sich aus den existenziellen Voraussetzungen geltender Rechtsquellen und aus der besonderen institutionellen Ausgestaltung spezifischer Rechtssysteme zusätzliche Vorgaben und Grenzen für den Erfolg eines rechtlichen Kommunikationsaktes ergeben.²⁶⁷ In diesem Sinne sind rechtliche Anordnungen als *institutionell geleitete und begrenzte Formen der Kommunikation* zu verstehen.

Das hat zur Folge, dass sich rechtliche Interpretationstheorien grundsätzlich an der allgemeinen Kommunikationspraxis, jedoch auch an der spezifisch juristischen Kommunikationspraxis zu orientieren haben.²⁶⁸

Zentral für die allgemeine Kommunikationspraxis ist das Verständnis von Interpretation als Erschließung kommunikativer Intentionen. Auch die rechtliche Interpretation kann also als Versuch begriffen werden, auf den Inhalt einer rechtsetzerischen Intention zu schließen. Das Ziel beider Interpretationsformen ist es, den Inhalt eines intentionalen Kommunikationsaktes darzulegen.²⁶⁹

Besonders bedeutsam für den Ablauf allgemeiner zwischenmenschlicher Interpretation ist überdies die Unterscheidung zwischen semantischen und pragmatischen Informationen sowie die Rolle pragmatischer Prinzipien. Die folgenden Unterabschnitte sollen diese Kriterien für die rechtliche Interpretationstheorie nutzbar machen.

2. Unterdeterminierung der rechtlichen Sprache

Wie im vorherigen Kapitel gezeigt wurde, basiert das Verständnis sprachlicher Äußerungen auf der Berücksichtigung semantischer und pragmatischer Informationen sowie der Befolgung bestimmter pragmatischer Prinzipien.²⁷⁰ Dabei ist es wichtig zu verstehen, dass die in einer sprachlichen Äußerung kodifizierten semantischen Bedeutungen zumeist nicht das gesamte informative Spektrum des kommunizierten Sinngehalts abdecken. Der

²⁶⁶ Vgl. Endicott in Zalta Punkt 3.2; Siehe dazu oben II.D.8.

²⁶⁷ Vgl. Allott/Shar, Legal Speech and the Elements of Adjudication, in Slocum (Hrsg.), The Nature of Legal Interpretation: What Jurists can learn about Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy (2017) 191 (198-199).

²⁶⁸ Potacs, Rechtstheorie³ 160.

²⁶⁹ Hierbei ähnelt die vorgestellte Auslegungstheorie sogenannten „intentionalistischen“ Ansätzen der in der anglo-amerikanischen Jurisprudenz weit verbreiteten Theorie des „Originalismus (Originalism)“. Vgl. dazu etwa Fish, The Intentionalist Thesis Once More, in Huscroft/Miller (Hrsg.), The Challenge of Originalism (2011) 99.

²⁷⁰ Siehe dazu oben II.E.; Siehe dazu überblicksmäßig Carston in Freeman/Smith 13; Vgl. auch Potacs, Rechtstheorie² 141-142: „Diese Kommunikationspraxis der natürlichen Sprache lässt erkennen, dass die Verständigung nach Maßgabe bestimmter Regeln erfolgt.“

Sinngehalt einer Äußerung darf demgemäß nicht mit dem Inhalt der enthaltenen Semantik gleichgesetzt werden. Potacs meint in diesem Zusammenhang, dass „die Erfahrung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch [zeigt], dass sprachliche Äußerungen mitunter in einer semantisch verkürzten oder überschießenden Weise zum Ausdruck gebracht werden“²⁷¹. Die Frage nach der Schnittmenge der beiden Informationsträger, also des Ausmaßes der Überschneidung von „Gemeintem“ und „Gesagtem“, lässt sich bloß mittels eines Rückschlusses auf die kommunikative Intention des Sprechers beantworten. Es bleibt demnach dem Sprecher überlassen, inwiefern dieser in einer *expliziten* oder *impliziten* Weise kommuniziert.

Nun kann im Zusammenhang mit der *rechtlichen Kommunikation* und Interpretation behauptet werden, dass diese aufgrund ihrer besonderen strategischen Ausgestaltung nicht in gleicher Weise auf den Rückschluss auf kommunikative Intentionen angewiesen ist.²⁷² Endicott weist aber diesbezüglich darauf hin, dass selbst in streng formalen und geregelten Kontexten der alltäglichen Kommunikation implizit kommuniziert wird.²⁷³ Auch die rechtliche Kommunikation kommt somit nicht ohne die Übertragung impliziter Inhalte aus. Endicott führt etwa an, dass die rechtlichen Anordnungen zumeist keinerlei ausdrückliche Hinweise auf ihren örtlichen Anwendungsbereich liefern. Dies sei ein Beispiel dafür, dass rechtliche Anordnungen stets den Inhalt einer Reihe anderer rechtlicher Anordnungen voraussetzen. Auch enthalten Rechtsvorschriften zumeist keine Hinweise darauf, welche derogativen Rechtswirkungen diese entfalten. Die einschlägigen Prinzipien der *lex posterior* und der *lex specialis* sind daher als implizit mitgeregelte Inhalte anzusehen.²⁷⁴

Weder die allgemeine Kommunikationspraxis noch die rechtliche Kommunikation basieren auf einem Kodierungsmodell. Die in einer rechtlichen Äußerung enthaltenen semantischen Bedeutungen bleiben folglich stets bis zu einem gewissen Grad unterdeterminiert.²⁷⁵ Zwar liefern die kodifizierten Bedeutungen wertvolle Indizien für den Rückschluss auf den Sinngehalt, das gesamte Inhaltsspektrum kann jedoch nur unter Beachtung weiterer kontextueller Informationen rekonstruiert werden.²⁷⁶ Eine

²⁷¹ Potacs, Rechtstheorie² 145.

²⁷² Marmor, The Language of Law (2014) 35: “The strategic nature of legal discourse casts some doubt about the reliability of implicated content in statutory law.”.

²⁷³ Siehe Endicott in Zalta Punkt 2.3.

²⁷⁴ Endicott in Zalta Punkt 2.3.

²⁷⁵ Siehe dazu oben II.V.2.

²⁷⁶ Potacs, Rechtstheorie² 145.

sinnerfassende Rechtsauslegung muss demnach semantische sowie pragmatische Erwägungen in das Interpretationsergebnis einfließen lassen.²⁷⁷ Schließlich sind bei der Interpretation rechtlicher Anordnungen sämtliche Mittel und Indizien heranzuziehen, die für die „Ermittlung des Sinngehaltes einer Äußerung“²⁷⁸ dienlich sein können.²⁷⁹

3. Semantische und pragmatische Indizien

Die herkömmlichen juristischen Auslegungskriterien stellen also „keine vom allgemeinen Sprachgebrauch der Alltagskommunikation grundsätzlich verschiedenen Interpretationskriterien“²⁸⁰ dar. Sie sind vielmehr standardisierte Verfahren und Typologisierungen der im Bereich der rechtlichen Kommunikation vorkommenden Indizienbewertungen.²⁸¹

Zwar ist eine lupenreine Differenzierung der rechtlichen Auslegungskriterien nicht möglich,²⁸² die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Semantik und Pragmatik lässt jedoch eine grobe Zweiteilung zu:

Die Methode der *semantischen Interpretation* untersucht, welche „Bedeutung die Worte und Sätze“²⁸³ einer rechtlichen Anordnung vor dem Hintergrund der allgemeinen Kommunikationspraxis aufweisen. Die juristische Methodenlehre verwendet für jenen Vorgang zumeist die Begriffe der grammatikalischen Interpretation²⁸⁴, der Wortinterpretation²⁸⁵ oder auch der Wortsinninterpretation²⁸⁶.

Gemäß der herkömmlichen linguistischen Einteilung, können die Aufgaben der semantischen Interpretation in zwei Bereiche gegliedert werden. Die *Semantik im engeren*

²⁷⁷ Näheres dazu mit weiteren Argumenten für eine semantische Unterdeterminierung von Rechtsvorschriften siehe bei *Allott/Shaer*, Inference and intention in legal interpretation, in Giltrow/Stein (Hrsg), *The Pragmatic Turn in Law* (2017) 83 (94ff).

²⁷⁸ *Potacs*, Rechtstheorie² 167.

²⁷⁹ Vgl. *Jestaedt*, ZÖR 2000, 155: „Ziel der Auslegung ist die Ermittlung (des Inhalts) des Normsetzerwillens [...]. Als Wege der Auslegung kommen all jene Methoden in Betracht, die geeignete Indizien beizustellen vermögen [...]“; Vgl. auch *Walter* in FS Leser 199: „Alle Mittel sind interpretationstheoretisch zulässig, die darauf abzielen, diesen Willen zu erfassen.“

²⁸⁰ *Potacs*, Rechtstheorie² 143; Der Begriff des allgemeinen Sprachgebrauchs ist hier im Sinne des Begriffes der allgemeinen Kommunikationspraxis zu verstehen. Näheres dazu oben bei II.E.3.

²⁸¹ *Potacs*, Rechtstheorie² 143 f, 167-168, 202-203; *Rill*, ZfV 1985, 468; Vgl. auch *Walter* in FS Leser 201: „Als Auslegungsmethode kann nach dem dargelegten Grundkonzept nur ein planmäßiges Vorgehen verstanden werden [...]“.

²⁸² *Potacs*, Rechtstheorie² 167.

²⁸³ *Potacs*, Rechtstheorie² 144.

²⁸⁴ *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 437.

²⁸⁵ *Kehrer*, Methodik 41; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) 31; *Walter*, Kelsens Rechtslehre 26.

²⁸⁶ *Potacs*, Rechtstheorie² 144.

Sinn versucht nachzuvollziehen, welche Bedeutungen einzelnen Wörtern durch die Konventionen einer Sprachgemeinschaft zugeschrieben werden. Dabei ist im Kontext der juristischen Interpretation zwischen der Gemeinsprache und dem fachlichen Sprachgebrauch zu unterscheiden. Die Ermittlung gemeinsprachlicher Bedeutungen stellt für den Juristen in der Regel bloß eine erste, grobe Einschätzung der tatsächlichen Bedeutung eines Begriffes dar.²⁸⁷ Denn viele „Wortverwendungen in Gesetzestexten [...], darüber sollte keine Täuschung bestehen, [sind] eindeutig fachlicher Sprachgebrauch“²⁸⁸. Dieser Umstand lässt sich vor allem daraufhin zurückführen, dass in modernen Rechtsstaaten die berufliche Auseinandersetzung mit Rechtsvorschriften an das „Erfordernis einer spezifisch juristischen Qualifikation“²⁸⁹ gebunden ist und auch der Rechtsschutz „mit juristisch qualifiziertem Personal sichergestellt“²⁹⁰ wird.

Peter Bydlinski geht daher davon aus, dass in klassischen Rechtsgebieten eine „Vermutung für die Maßgeblichkeit eines [...] speziell rechtstechnischen Sprachgebrauches“²⁹¹ besteht. Der Linguist Busse unterscheidet in diesem Zusammenhang zwei Arten der juristischen Fachsprache: Zum einen existieren bestimmte „Fachausdrücke“ im engeren Sinne“ deren „Wortformen im Sprachgebrauch der Gemeinsprache unbekannt sind“²⁹². Weit häufiger aber greift die Juristerei auf gemeinsprachlich bekannte Begriffe zurück und modifiziert deren Bedeutung durch eine sogenannte „fachliche Überformung“²⁹³. Sie generiert demnach spezifischere Bedeutungen für Begriffe, die in der Gemeinsprache bereits mit allgemeineren Bedeutungen versehen sind.²⁹⁴

Die *Syntaktik* ergründet schließlich die Form und Struktur größerer Einheiten von Wörtern und Phrasen. Auch hierbei kann zwischen gemeinsprachlichen und fachsprachlichen Bedeutungen syntaktischer Einheiten unterschieden werden.

Methoden der *pragmatischen Interpretation* zielen darauf ab, den Inhalt einer rechtlichen Anordnung mit Hilfe von *kontextuellen* Informationen zu rekonstruieren. Sie sollen damit die epistemologische Lücke zwischen Semantik und kommunikativem Sinngehalt schließen.

²⁸⁷ Vgl. P. Bydlinski, Grundzüge⁴, 28.

²⁸⁸ Busse in Liedtke/Wengeler/Böke 163.

²⁸⁹ Potacs, Rechtstheorie³ 160.

²⁹⁰ Potacs, Rechtstheorie³ 160.

²⁹¹ P. Bydlinski, Grundzüge⁴, 28.

²⁹² Busse in Liedtke/Wengeler/Böke 161.

²⁹³ Busse in Liedtke/Wengeler/Böke 161.

²⁹⁴ Busse in Liedtke/Wengeler/Böke 161.

Die herangezogenen pragmatischen Informationen können das durch die semantische Interpretation gewonnene Ergebnis bestätigen und eine vollständige Überlappung von Semantik und kommuniziertem Inhalt aufzeigen. Sie können aber ebenso eine Abweichung zwischen kodifizierter Semantik sowie explizitem und implizitem Inhalt sichtbar machen.

Die *Pragmatik im engeren Sinn* zielt daher auf die Ermittlung des *expliziten Inhalts* einer rechtlichen Anordnung ab, der auf der kodifizierten Semantik aufbaut und innerhalb der semantischen Struktur vermittelt wird. Sie analysiert unter anderem jene Regeln natürlicher Sprachen, die bestimmten semantischen Einheiten kontextbezogene Bedeutungsvariationen zuschreiben.²⁹⁵ Potacs nennt diese „Formen des Zusammenspiels zwischen Semantik und Pragmatik [...] **pragmatische Aspekte einer semantischen Interpretation** [hervorgehoben im Original]“²⁹⁶.

Interpretationsvorgänge, die mit Potacs als „**reine Pragmatik** [hervorgehoben im Original]“²⁹⁷ zu bezeichnen sind, streben hingegen die Ermittlung des *impliziten Inhalts* rechtlicher Anordnungen an. Dabei werden ausschließlich kontextuelle Informationen herangezogen, die auf rechtliche Inhalte hindeuten, welche über die Bedeutungsebene der Semantik und des expliziten Inhaltes hinausgehen.

4. Zusinnbarkeitskriterien

Semantische und pragmatische Interpretationsformen stellen eine, im Hinblick auf die Erfassung sprachlicher Kommunikationsakte, untrennbare Einheit dar. Sie sind, wie im voranstehenden Kapitel dargelegt wurde,²⁹⁸ als zwei Phasen einer einheitlichen Inferenz auf den kommunikativen Sinngehalt zu verstehen. Die erste Phase besteht aus der Entschlüsselung der kodifizierten Bedeutungen der Semantik und die zweite Phase besteht aus der Verbindung aller anderen, aus dem Gesamtkontext entspringenden, relevanten Indizien. Die kognitive Verbindung semantischer und kontextueller Informationen führt letztlich zur Bildung einer Hypothese über den Sinngehalt einer entsprechenden rechtlichen Anordnung.

²⁹⁵ Neale in Bezuidenhout/Reimer 85; Scholz/Pelletier/Pullum/Nefdt, *Philosophy of Linguistics*, in Zalta/Nodelman, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2024), <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2024/entries/linguistics/>> Punkt 2.5; Solum, *Harvard Law Review Forum* 133 (2019) 28.

²⁹⁶ Potacs, *Rechtstheorie*² 146.

²⁹⁷ Potacs, *Rechtstheorie*² 146.

²⁹⁸ Siehe dazu oben II.E.

Argumentationstheoretisch betrachtet, stellt der Rückschluss auf die kommunikative Intention des Rechtsetzers ein abduktives Verfahren bzw. einen Schluss auf die beste Erklärung dar.²⁹⁹ Semantische und pragmatische Indizien dienen einer wahrscheinlichkeitsbasierten Erklärung über die kommunikative Intention eines Rechtsetzers.³⁰⁰ Hypothesen über den Inhalt der kommunikativen Intention eines Rechtsetzers können somit unterschiedlich hohe Wahrscheinlichkeitswerte aufweisen, je nachdem wie hoch die Überzeugungskraft einzelner Indizien bewertet wird.³⁰¹

Das epistemologische Verhältnis der relevanten Interpretationsindizien zueinander basiert demnach auf einer, durch rationale Prinzipien und Vermutungen geleiteten, *Abwägungsentscheidung*.³⁰² So spricht Potacs davon, dass „semantische und pragmatische Anhaltspunkte bei der Deutung von Rechtsvorschriften gewichtet und gegeneinander abgewogen werden“³⁰³.

In diesem Sinne können die im Rahmen des herkömmlichen Kommunikationsbegriffes vorgestellten pragmatischen Prinzipien als theoretische Vorbilder im Umgang mit dem Verständnis rechtlicher Anordnungen dienen. Auch Rechtsetzer haben ein berechtigtes Interesse daran, ihre Anordnungen auf kooperative, ihrem Kontext entsprechende und damit rationale Weise zu kommunizieren. Dementsprechend dürfen Interpreten rechtlicher Anordnungen bestimmte *kontextbezogene Vermutungen* über den Vorgang der rechtlichen Kommunikation anstellen.³⁰⁴ In diesem Sinne können die traditionellen Auslegungsmethoden als „**Theorien des Sprachgebrauchs**“ angesehen werden [hervorgehoben im Original]“, welche „allgemeine Aussagen über bestimmte Regelmäßigkeiten im Gebrauch natürlicher Sprachen“³⁰⁵ und insbesondere der rechtlichen Kommunikation festhalten. Mit Potacs sollen daher in weiterer Folge die traditionellen

²⁹⁹ Siehe dazu oben II.E.

³⁰⁰ Vgl. Lentner, *juridikum* 2017, 203.

³⁰¹ Potacs, *Rechtsdogmatik als empirische Wissenschaft, Rechtstheorie* 1994, 191 (199) bezeichnet wissenschaftliche Reflexionen über das Verfahren der Rechtsinterpretation in diesem Sinne als „Theorien über bloße *erfahrungsgemäße Regelmäßigkeiten* [kursiv im Original]“, die einen „probabilistischen Charakter“ aufweisen.

³⁰² Siehe dazu oben II.E.4. und II.F.3.

³⁰³ Potacs, *Rechtstheorie*² 148.

³⁰⁴ Vgl. Carston in Freeman/Smith 17.

³⁰⁵ Potacs, *Rechtstheorie*² 154.

„Auslegungskriterien [...] in ihrer Gesamtheit als **Zusinnbarkeitskriterien**“³⁰⁶ bezeichnet werden.

5. Traditionelle Auslegungsmethoden

Die traditionellen oder herkömmlichen³⁰⁷ Auslegungsmethoden der Wortinterpretation, der systematischen, der historischen und der teleologischen Interpretation können demnach in das zweiteilige System der semantischen und der pragmatischen Interpretation eingeordnet werden. Sie stellen diesem Verständnis zufolge „Theorien über den Sprachgebrauch“³⁰⁸ eines typisch agierenden Rechtsetzers dar und bezwecken, die Intention eines den jeweiligen rechtlichen Gegebenheiten entsprechend *rational handelnden Rechtsetzers* nachzuvollziehen.³⁰⁹

Die *Wortauslegung* versucht zunächst bloß, die in einer rechtlichen Anordnung vorkommenden kodifizierten semantischen Bedeutungen unter Bezug auf die jeweilig einschlägigen sprachlichen Konventionen näher zu definieren.³¹⁰ Auch sie dient jedoch in weiterer Hinsicht der Feststellung der kommunikativen Intention des Rechtsetzers, denn „sie (beruht) auf der Erfahrung, dass der Gesetzgeber Sprache als Kommunikationsmittel begreift und in Worte gefasste Gesetze nutzt, um seinem Willen Ausdruck zu verleihen“³¹¹.

Die *systematische Auslegung* „erschließt den Sinn der Norm aus ihrer Stellung im System“³¹². Dabei sollen durch die Analyse des „äußere[n] System[s], also die Gliederung des Rechtsvorschriftenmaterials“, Rückschlüsse auf das „innere System, das ist das gedankliche System auf dem das Gesetz [beruht]“³¹³, gezogen werden. Das eine rechtliche

³⁰⁶ Potacs, Rechtstheorie² 168.

³⁰⁷ F. Bydlinski, Methodenlehre² 437; Holoubek, Gedanken zur Auslegungslehre, in FS Mayer (2011) 139 (147).

³⁰⁸ Potacs, Rechtstheorie² 155.

³⁰⁹ Potacs, ZöR 2024, 19, verweist auf den „allgemeinen Grundsatz der Kommunikationspraxis“, dem zufolge „Kommunikationsteilnehmer [...] grundsätzlich auf ein korrektes und redliches Verhalten ihrer Gesprächspartner vertrauen [dürfen]. Ohne diesen Grundsatz wäre zwischenmenschliche Kommunikation nur schwer möglich [...]“. In der Sprachphilosophie wird die kommunikationstheoretische Notwendigkeit rational handelnder Gesprächspartner zumeist im Zusammenhang mit dem von Paul Grice formulierten *Kooperationsprinzip* erörtert; Siehe dazu oben II.E.4.

³¹⁰ F. Bydlinski, Methodenlehre² 437; Vgl auch Wiederin, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in FS Winkler (1997) 1231 (1234); Wiederin, Verfassungsinterpretation in Österreich, in Lienbacher (Hrsg), Verfassungsinterpretation in Europa: Heinz Schäffer Gedächtnissymposium (2011) 81 (82) attestiert der österreichischen Jurisprudenz eine Vorliebe zur Wortauslegung: „Österreicher [...] setzen [...] bei der Auslegung am Wortlaut an.“

³¹¹ Kehrner, Methodik 41.

³¹² Schäffer, Kriterien juristischer Auslegung, in FS Rill (1995) 595 (612).

³¹³ Schäffer in FS Rill 612.

Anordnung umringende gedankliche System wiederum kann Aufschluss über den Inhalt ihres Sinngehaltes geben.³¹⁴ Je nachdem, ob nach dem Zusammenhang des Rechtstextes auf „die nähere Umgebung“ oder auf thematisch weiter entfernt gelegene Vorschriften bis hin zur „Gesamtrechtsordnung“ Bezug genommen wird, kann von einer „**engeren**“ oder „**weiteren** [hervorgehoben im Original]“³¹⁵ systematischen Auslegung gesprochen werden.³¹⁶ Ihre Rechtfertigung findet die systematische Auslegung in der berechtigten „Annahme, dass der Gesetzgeber seine Vorschriften in eine insgesamt möglichst gut nachvollziehbare Struktur gebracht und dementsprechend unter Vermeidung gehaltloser Äußerungen aufbereitet hat“³¹⁷.

Ziel der *historischen Auslegung* ist es den Sinngehalt einer rechtlichen Anordnung mit Hilfe der „Mittel historischer Forschung“³¹⁸ nachzuvollziehen. Dabei werden vor allem Indizien herangezogen die im Laufe des „Rechtsetzungsprozess(es)“³¹⁹ einer rechtlichen Anordnung entstanden sind. Ihre Begründung findet die historische Auslegung in dem Umstand, dass Indizien, die im unmittelbar räumlichen und zeitlichen Kontext der Setzung eines Rechtsaktes entstanden sind, oftmals glaubwürdige Informationen über den Sinngehalt jenes Rechtsaktes liefern.³²⁰

Zuletzt sei noch die Kategorie der *teleologischen Auslegung* erwähnt. Jene Form der Interpretation will den Sinngehalt einer rechtlichen Anordnung durch die Analyse ihres Zweckes erfassen. Der Zweck einer rechtlichen Anordnung kann dabei als die durch die Setzung jenes Aktes „angestrebten Lösungen“³²¹ verstanden werden. Gleich wie in der „allgemeinen Kommunikationspraxis“³²² wird bei der teleologischen Auslegung durch die Nachvollziehung des grundsätzlichen Zweckes einer sprachlichen Äußerung auf ihren konkreten Sinngehalt geschlossen. Der tatsächliche Zweck einer rechtlichen Anordnung ist im Einzelfall vielfach schwer feststellbar. Notwendigerweise kann einer rechtlichen Anordnung daher „auch auf Grund von Erfahrungen [...] jener Zweck unterstellt [werden],

³¹⁴ Potacs, Rechtstheorie² 177.

³¹⁵ Potacs, Rechtstheorie² 176.

³¹⁶ Vgl F. Bydlinski, Methodenlehre² 442.

³¹⁷ Kehrer, Methodik 44.

³¹⁸ F. Bydlinski, Methodenlehre² 449; Vgl auch Kehrer, Methodik 48; Schäffer in FS Rill 614.

³¹⁹ Potacs, Rechtstheorie² 196.

³²⁰ Vgl Jabloner, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, in Olechowski/Zeleny (Hrsg), Clemens Jabloner. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 129 (135); Potacs, Rechtstheorie, 196.

³²¹ Schäffer in FS Rill 617.

³²² Potacs, Rechtstheorie² 183.

den eine solche Bestimmung im jeweiligen Kontext nach Maßgabe der Kommunikationspraxis üblicherweise hat“³²³. Eine solche Vermutung ist jedoch widerlegbar, durch die Heranziehung anderer Indizien etwa kann auch ein unüblicher Zweck festgestellt werden.

Alle soeben genannten Auslegungskriterien sollen im Rahmen dieser Arbeit als Heuristiken verstanden werden, die dabei helfen, den kommunizierten Sinngehalt einer rechtlichen Anordnung nachzuvollziehen. Das bedeutet, dass die genaue Überzeugungskraft eines einzelnen Kriteriums grundsätzlich nur im Hinblick auf die Auslegung einer konkreten Rechtsvorschrift bestimmt werden kann. Es besteht dabei ein relatives Gewicht der Auslegungskriterien im Verhältnis zueinander. Daher ist von einem *beweglichen System der Auslegungskriterien*³²⁴ auszugehen, da Indizienkategorien je nach Fall „mit unterschiedlicher Deutlichkeit [...] in Erscheinung treten“³²⁵ können.³²⁶

Abgesehen von ihrem relativen Gewicht im Einzelfall ist den Auslegungskriterien angesichts genereller gesetzgeberischer Verhaltensmuster und Verhaltensanforderungen jedoch eine „unterschiedliche **theoretische Kraft** [hervorgehoben im Original]“³²⁷ auszuweisen. Jene Unterschiede können sich bereits aus der allgemeinen Kommunikationspraxis, aus den Spezifika der rechtlichen Kommunikation oder auch aus rechtlichen Anforderungen selbst ergeben. An späterer Stelle wird demgemäß auf die Gewichtung der semantischen Auslegung im Verhältnis zu anderen Auslegungskriterien, insbesondere im Kontext der Interpretation des Verwaltungsrechts, eingegangen werden.³²⁸

³²³ Potacs, Rechtstheorie² 183.

³²⁴ F. Bydlinski, Methodenlehre² 570 f; Holoubek in FS Mayer 152; Potacs, Rechtstheorie² 155; Potacs, Zur Auslegung belastender Verwaltungsvorschriften, in FS Rill (1995) 569 (572); Potacs, Auslegung 38.

³²⁵ Potacs, Rechtstheorie² 155.

³²⁶ Potacs, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und juristische Methodik, in WiR - Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht (2020) 23 (29), meint hierzu, „dass eine adäquate Rekonstruktion des Willens eines Rechtsetzers ganz grundsätzlich nur nach Maßgabe eines ‚beweglichen Systems der Auslegungskriterien‘ möglich erscheint [kursiv im Original]“; Siehe Weiteres zum beweglichen System bei Kerschner, Methodenlehre 74.

³²⁷ Potacs, Rechtstheorie² 155.

³²⁸ Siehe dazu unten IV.

G. Zusammenfassung der methodologischen Position

Dieses Kapitel hatte es zum Ziel, eine prägnante Darstellung zentraler Aspekte der juristischen Methodenlehre zu bieten. Im Folgenden sollen die wesentlichsten Punkte zusammengefasst dargestellt werden.

Bei der näheren Betrachtung theoretischer Rahmenbedingungen der juristischen Methodenlehre, wurde der rechtliche Analogieschluss vorläufig als eine eigenständige Methode der Rechtserkenntnis definiert und vom Begriff des analogischen Arguments abgegrenzt.

Die für den Rechtsbegriff dieser Arbeit zentrale Form der Rechtsquelle ist die rechtliche Anordnung. Sie lässt sich als willentliche Auswahl und sprachliche Kommunikation bestimmter rechtlicher Regeln definieren. Das theoretische Verständnis sprachlicher Kommunikation ist daher von besonderer Bedeutung für die inhaltliche Beschreibung rechtlicher Anordnungen.

Zwischenmenschliche Sprachkommunikation ist nach dem sogenannten Inferenzmodell zu verstehen. Dieses definiert Kommunikation als interaktive Informationsübertragung, bei der die kommunikative Intention eines Sprechers durch einen Hörer anhand von semantischen und pragmatischen Indizien rekonstruiert wird. Das Inferenzmodell betont, dass die inhaltliche Bestimmung semantischer Bedeutungen zumeist nicht ausreicht, um den gesamten Inhalt (Sinngesamt) einer sprachlichen Äußerung nachzuvollziehen. Sprachliche Äußerungen sind daher in der Regel semantisch unterdeterminiert. Aus diesem Grund bedarf deren Interpretation zusätzlicher kontextueller (pragmatischer) Indizien, um den vollständigen Sinngesamt zu erfassen.

Auf dieser Erkenntnis basiert die kommunikationstheoretische Unterscheidung zwischen Semantik und Pragmatik. Jene stellen unterschiedliche Arten von Indizien dar, die bei der Rekonstruktion einer kommunikativen Intention berücksichtigt werden.

Die Kommunikation rechtlicher Anordnungen ist eine Sonderform der allgemeinen sprachlichen Kommunikation. Demgemäß erfolgt die Interpretation rechtlicher Anordnungen nach deren grundsätzlichen Struktur.³²⁹ Das Phänomen der semantischen Unterdeterminierung ist also auch in der rechtlichen Kommunikation prävalent, was

³²⁹ Vgl. Carston in Freeman/Smith 13; Potacs, Rechtslehre² 141-142.

wiederum bedeutet, dass die rechtliche Inhaltsbestimmung auf semantische als auch auf pragmatische Indizien angewiesen ist.³³⁰

Sinnerfassende Rechtsauslegung kombiniert daher semantische mit pragmatischen Erwägungen. Die semantische Interpretation bestimmt den Inhalt der kodifizierten Semantik einer rechtlichen Anordnung. Die Pragmatik im engeren Sinn erweitert diesen um kontextuelle Informationen, die es bedarf, um den expliziten Inhalt der Anordnung zu erfassen. Die reine Pragmatik schließlich ermittelt implizit kommunizierte Inhalte allein anhand kontextbezogener Indizien.

Der traditionelle Kanon rechtlicher Auslegungsmethoden, wie Wortlaut-, systematische, historische und teleologische Auslegung, reflektiert die stark situationsabhängige Befassung mit semantischen und pragmatischen Indizien. Sie alle dienen der Ermittlung eines normsetzerischen Willensinhaltes und berücksichtigen dazu kodifizierte sprachliche Bedeutungen sowie anderweitige aus dem Äußerungskontext entspringende Informationen.

Abschließend ist festzuhalten, dass linguistische und sprachphilosophische Theorien wertvolle Impulse für die rechtliche Interpretationslehre liefern, insbesondere im Hinblick auf das bessere Verständnis kommunikativer Abläufe. Die Frage nach den Voraussetzungen der Existenz und den Abläufen der Erzeugung rechtlicher Normen kann jedoch nicht durch die Sprachwissenschaft gelöst werden, hierfür muss die Rechtstheorie Eigenarbeit leisten.³³¹

³³⁰ Carston, Synthese 165 (2008) 339; Vgl auch Griller/Potacs in Vetter/Potacs 80.

³³¹ Bix, Legal Interpretation and the Philosophy of Language, in Solan/Tiersma (Hrsg), The Oxford Handbook of Language and Law (2012) 146 (155) meint dazu folgendes: “On the whole, the story of legal interpretation and the philosophy of language is a modest one. There have been benefits, where references to philosophical work in meaning, reference, and intentions have given a clearer analytical structure for articulating ideas that were already present in the legal literature, if perhaps in a less well thought-out form.”; Vgl Greenawalt, Philosophy of Language, Linguistics, and Possible Lessons about Originalism, in Slocum (Hrsg), The Nature of Legal Interpretation: What Jurists can learn about Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy (2017) 46 (48); Vgl auch Rosen, Deferentialism and Adjudication, in Slocum (Hrsg), The Nature of Legal Interpretation: What Jurists can learn about Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy (2017) 241 (242).

III. Rechtslücke und rechtliche Analogie

A. Einleitung

In diesem Kapitel werden unterschiedliche Phänomene, die mit den Begriffen der rechtlichen Analogie und der Rechtslücke verknüpft sind, dargestellt und analysiert.

Ihrer praktischen Relevanz geschuldet sind der rechtliche Analogieschluss und die Rechtslücke in der einschlägigen Literatur viel diskutiert. So bemerkt Bäcker, dass die wissenschaftliche Behandlung der rechtlichen Analogie von einer „kaum noch zu übersehenden Literatur“³³² geprägt ist. Beide Begriffe finden jedoch keine einheitliche Anwendung. In Bezug auf den Begriff der Rechtslücke weist Canaris daher darauf hin, dass die „Versuche der Literatur, die Lücken unter den verschiedensten Gesichtspunkten einzuteilen [...] mannigfach“³³³ sind.

Ein grundsätzlicher, beide Begriffe betreffender Umstand wird jedoch durch die große Mehrheit der wissenschaftlichen Ausführungen anerkannt. Die Rechtslücke und die rechtliche Analogie stellen eigentümliche rechtliche *Argumentationsstrategien* dar.³³⁴ Juristen und Rechtswissenschaftler greifen demnach auf rechtliche Analogien zurück, um bestimmte rechtliche Aussagen plausibel zu machen. Die Rechtslücke wird demgemäß von Oberndorfer und Wagner als ein „methodisches Instrument“³³⁵ bezeichnet.³³⁶ Vorab kann demnach folgendes festgestellt werden: Rechtslücke bzw. rechtliche Analogie kann nur sein, was auch Gegenstand juristischer Methodik ist.

Aufgrund der tiefgreifenden vorherrschenden Uneinigkeit und Uneinheitlichkeit innerhalb der deutschsprachigen Rechtslücken- und Analogiediskussion können sich die nachfolgenden Ausführungen nicht einer umfassenden Systematisierung oder gar einer vollständigen Katalogisierung vorhandener Begriffe verschreiben. Das Ziel dieses Kapitels

³³² Bäcker, Verfassungsanalogien - Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze der Verfassungsinterpretation, Der Staat 2021, 7.

³³³ Canaris, Lücken 129.

³³⁴ Vgl etwa Kloosterhuis, Analogy argumentation in law: A dialectical perspective, Artificial Intelligence and Law 8 (2000) 173 (177-178).

³³⁵ Oberndorfer/Wagner, Gesetzgeberisches Unterlassen als Problem verfassungsgerichtlicher Kontrolle, EuGRZ 2009, 433.

³³⁶ Vgl Lamond, Analogical Reasoning in the Common Law, Oxford Journal of Legal Studies 34 (2014) 567 (569).

ist es sohin bloß wichtige Eckpunkte der kontemporären Debatte zu besprechen und zu einer groben und sinnvollen Vereinheitlichung der theoriebezogenen Vielfalt beizutragen.

Der Analyse des Begriffes der rechtlichen Analogie wird in weiterer Folge die Diskussion des Rechtslückenbegriffes vorangestellt. Diese Reihenfolge gründet in der theoretischen Verbindung der beiden Begriffe, wonach das Vorliegen einer Rechtslücke eine allgemein anerkannte Voraussetzung für die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses ist.

Die Betrachtung der beiden Begriffe soll sohin nach dem folgenden Schema voranschreiten: Am Anfang steht eine Darstellung der Verwendungskriterien der Begriffe im allgemeinen Sprachgebrauch. Anschließend wird der geschichtliche Hintergrund der relevanten zeitgenössischen Debatten kurz zusammengefasst. Darauf aufbauend folgt schließlich eine Analyse der vielfältigen Bedeutungen und Bedeutungsebenen der Lücken- und Analogiebegriffe.

Zum Schluss dieses Kapitels wird eine theoretische Bewertung der behandelten Lücken- und Analogiebegriffe vorgenommen und eine rechtsmethodische Meinung abgegeben. Diese Meinung beruht auf den auslegungstheoretischen Überlegungen der vorherigen Kapitel. Das Ziel ist es, jene Sichtweise zu identifizieren, die sich am besten in das zuvor dargestellte kommunikationstheoretische Modell der juristischen Auslegung einfügt.

B. Die Rechtslücke

1. Sprachgebrauch

Der Duden definiert den Begriff der Lücke als eine „offene, leere Stelle“ bzw. eine „Stelle, an der etwas fehlt (in einem zusammenhängenden Ganzen)“ und „durch die etwas unvollständig erscheint“³³⁷. Das Pons Online Wörterbuch gibt an, dass die Lücke „eine Stelle [ist], an der etwas fehlt, was eigentlich da sein sollte“³³⁸. Auch das Etymologische Wörterbuch des Deutschen beschreibt den Lückenbegriff als eine „leere Stelle [...] eines zusammenhängenden Ganzen“³³⁹ und weist darauf hin, dass die Geschichte des Wortes bis in das 9. Jahrhundert nach Christus zum althochdeutschen Begriff „lucka“ zurückreicht.

³³⁷ *Lücke*, in Duden online (Stand 2025) <<https://www.duden.de/node/91279/revision/1350339>>.

³³⁸ *Lücke*, in Pons online (Stand 2025) <<https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/deutsche-rechtschreibung/L%C3%BCcke>>.

³³⁹ *Lücke*, in Pfeifer et al (Hrsg), Etymologisches Wörterbuch des Deutschen (1993) <<https://www.dwds.de/wb/etymwb/L%C3%BCcke>>.

Dieser Ausdruck bezeichnete „eine verschließbare Öffnung“ und war eng mit den Wörtern „Loch“ und „Luke“ verwandt.³⁴⁰

Der Lückenbegriff bezieht sich demnach auf ein *Nichtvorhandensein* bzw. ein *Fehlen*. Die Existenz eines Nichtvorhandenseins kann dabei bloß vor dem Hintergrund der Betrachtung eines zusammengehörigen Ganzen festgestellt werden.³⁴¹ In diesem Sinne spricht Klug von der Lückenhaftigkeit als eine Form der „fehlende[n] Isomorphie“³⁴². Als isomorph bezeichnet werden können Phänomene, die zueinander gleichförmig sind und somit „dieselbe Struktur“³⁴³ aufweisen. Zueinander nicht isomorph sind also Phänomene, die zwar eine gewisse Strukturähnlichkeit aufweisen, sich aber nicht vollkommen gleichen. Ein sohin auffallender strukturbezogener Unterschied kann in weiterer Folge als Lücke bezeichnet werden.³⁴⁴ Die Existenz einer spezifischen Lücke ist demgemäß stets im strukturellen *Vergleich* zweier Phänomene zueinander zu bestimmen. Der Lückenbegriff kann demnach wirkungsvoll mit Wiederin als ein „zweistelliger Relationsbegriff“³⁴⁵ bezeichnet werden.

Im Zusammenhang mit dem gemeinsprachlichen Gebrauch der Lücke hat Canaris den Begriff der „planwidrigen Unvollständigkeit“³⁴⁶ in besonderer Weise für den rechtswissenschaftlichen Diskurs geprägt. So weist dieser darauf hin, dass im Falle der Verwendung des Lückenbegriffes „in allen [...] Fällen auf eine Unvollständigkeit [...] innerhalb eines mehr oder weniger geschlossenen Ganzen“³⁴⁷ hingewiesen wird. Da die Existenz der Unvollständigkeit bloß im Vergleich zu einem vollständigen Ganzen, welches somit als ein „Bewertungsmaßstab“³⁴⁸ fungiert, festgestellt werden kann, spricht Canaris davon, dass eine Lücke stets planwidrig sei.

In der deutschen rechtswissenschaftlichen Fachsprache wird mit dem Lückenbegriff daher zumeist auf eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb eines spezifischen

³⁴⁰ *Lücke* in Pfeifer et al.

³⁴¹ *Hemke*, Analogiebildung 39: „Dem allgemeinen Sprachgebrauch nach bedeutet ‚Lücke‘ ein Nichts im Verhältnis zu einem Ganzen.“

³⁴² *Klug* in FS Nipperdey 81.

³⁴³ *Klug* in FS Nipperdey 80.

³⁴⁴ *Klug* in FS Nipperdey 80.

³⁴⁵ *Wiederin*, Nationalsozialistische Wiederbetätigung: Wahlrecht und Grenzen verfassungskonformer Auslegung, EuGRZ 1987, 137 (143).

³⁴⁶ *Canaris*, Lücken 16 f; Die Begrifflichkeit geht ursprünglich auf *Elze*, Lücken im Gesetz (1916) zurück.

³⁴⁷ *Canaris*, Lücken 16.

³⁴⁸ *Canaris*, Lücken 17.

Regelsystems hingewiesen. Eine solche planwidrige Unvollständigkeit wird aufgrund „einer Spannung zwischen [...] verschiedenen Vergleichsordnung[en]“³⁴⁹ festgestellt.

Im rechtswissenschaftlichen Kontext ist daher stets danach zu fragen, welche jeweiligen Ordnungen miteinander verglichen werden und welchem Zweck der Vergleich dient. Im Laufe der rechtswissenschaftlichen Ideengeschichte wurden diese Fragen unterschiedlich beantwortet. Im Folgenden sollen wichtige geschichtliche Eckpunkte des Rechtslückenbegriffes aufgezeigt werden.

2. Theoriegeschichte

Der Begriff der Rechtslücke findet ab dem 18. Jahrhundert, mit dem Bestreben nach einer „vollständige[n] Kodifikation des positiven Rechts“³⁵⁰, Einzug in das rechtstheoretische Gedankengut. Zunächst ist aber die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Phänomen der Rechtslücke eher begrenzt, da das ungeschriebene Naturrecht neben dem kodifizierten Recht eine ernst zu nehmende subsidiäre Rechtsquelle darstellt. Dadurch steht die Rechtsanwendung kaum vor Problemen der Unvollständigkeit eines rechtlichen Normensystems bzw. vor dessen Unanwendbarkeit.³⁵¹

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts stellt sich sodann die historische Rechtsschule dem naturrechtlichen Rechtsquellendualismus entgegen.³⁵² Der Subsidiarität des Naturrechts folgt nun die Postulierung einer dem positiven Recht inhärenten und zugleich oberflächlich „verborgene[n] innere[n] Vernunft“³⁵³. Lücken und Unvollständigkeiten des positiven Rechtes sind daher auch für die Rechtstheoretiker der historischen Rechtsschule keine mit sonderlicher Spannung behaftete Angelegenheit, denn, wie Savigny annimmt, so können Lücken stets aus dem „positiven Recht [...] selbst“³⁵⁴ heraus gefüllt werden. Unvollständigkeiten des positiven Rechts bereiten somit keine beachtlichen Probleme.

Schließlich vollzieht die Rechtswissenschaft im ausklingenden 19. Jahrhundert einen umfassenden Bruch mit dem Naturrecht sowie der Vorstellung einer inhärenten Vernunft

³⁴⁹ *Wiederin*, EuGRZ 1987, 143.

³⁵⁰ *Schröder*, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500 - 1933)*² (2012) 249.

³⁵¹ *Schröder*, *Theorie der Gesetzesinterpretation im frühen 20. Jahrhundert: Vortrag gehalten am 19. Mai 2011* (2011) 11.

³⁵² *Schröder*, *Gesetzesinterpretation* 11.

³⁵³ *Schröder*, *Gesetzesinterpretation* 11.

³⁵⁴ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts: Erster Band* (1840) 290.

des positiven Rechts. Das Recht wird in einem „voluntaristische[n]“³⁵⁵ Sinne neu gedacht, was nun zählt ist der erklärte Wille des Rechtssetzer. Durch diesen rechtswissenschaftlichen Paradigmenwechsel bekommt das Lückenproblem einen höheren Stellenwert, da die Konzentration auf das menschengemachte und somit fehlerhafte positive Recht „eine enorme Ausweitung des Lückenbereiches nach sich [zieht]“³⁵⁶.

Demgemäß stellen sich Rechtstheoretikern im 20. Jahrhundert eine vielfältige Reihe von neuen Fragen, die mit lückenbezogenen Eigenschaften des positiven Rechts zu tun haben. Schnell entsteht dabei eine Mehrdeutigkeit des Rechtslückenbegriffs. In diesem Sinne ortet Engisch ein Element des „terminologischen Beliebens“³⁵⁷ rund um die Definition des Rechtslückenbegriffes. Die wichtigsten Theorien über das Phänomen der Rechtslücke bilden sich entlang den Linien unterschiedlicher „Aufspaltung[en] des Rechtsbegriffs“³⁵⁸. Für die österreichische Rechtswissenschaft von besonderer Bedeutung sind hierbei die Lückentheorien der Reinen Rechtslehre und der sogenannten Wertungsjurisprudenz.

3. Lückenbegriffe

a. Reine Rechtslehre

Kelsens rechtstheoretisches Werk ist angetrieben von einem starken Willen zur Trennung relativer Werturteile von den faktenabhängigen Aussagen der „Reinen Rechtslehre“³⁵⁹. Seiner Meinung nach ist die Lehre von den „sogenannten ‚Lücken‘ im Recht“³⁶⁰ eine hartnäckig vertretene und nicht mit den Aussagen eines reinen Positivismus zu vereinbarende Ansicht, welche es dem Richter erlauben soll, über bestimmte rechtlich-ungeregelte Sachverhalte auf Basis der eigenen moralischen Wertung zu urteilen. Kelsen versucht daher einen fundierten Gegenbeweis der theoretischen Existenz von Rechtslücken zu entwickeln. Den Ausgangspunkt seiner Überlegungen bildet dabei die folgende Behauptung:

³⁵⁵ Schröder, Gesetzesinterpretation 13.

³⁵⁶ Schröder, Gesetzesinterpretation 23.

³⁵⁷ Engisch, Der Begriff der Rechtslücke: Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre, in FS Sauer (1949) 85 (88).

³⁵⁸ Schröder, Gesetzesinterpretation 25.

³⁵⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre² 1: „[Die Reine Rechtslehre] versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll.“.

³⁶⁰ Kelsen, Reine Rechtslehre² 251.

„Was rechtlich nicht verboten ist, ist rechtlich erlaubt.“³⁶¹

Mit Bulygin kann diese These mit dem Ausdruck des „Verbotsprinzips“³⁶² versehen werden. Die theoretische Grundlage des Verbotsprinzips ist Kelsens Annahme von zwei verschiedenen Arten der normativen Wirkung einer positiven Rechtsordnung. Ihm zufolge kann eine solche, menschliche Lebenssachverhalte entweder *positiv* oder *negativ* regeln. Mit positiven Regelungsformen sind die klassischen rechtlichen Funktionen des Gebots, des Verbots, der positiven Erlaubnis und der Ermächtigung gemeint. Negativ geregelt hingegen ist eine Handlungsform, wenn sie „Gegenstand keiner Rechtsnorm [...] ist“, sodass der Rechtsunterworfenen „von Rechts wegen frei [ist], sich so zu verhalten“³⁶³. Für Kelsen bedeutet jene duale Geltung positiver Rechtsordnungen in weiterer Folge, dass „jedes Verhalten eines Menschen [...] rechtlich geregelt [ist]“³⁶⁴, oder anders formuliert, dass „eine Lücke in dem Sinne logischer Unanwendbarkeit des geltenden Rechtes“³⁶⁵ nicht existiert. Kelsen schlussfolgert demnach, dass positive Rechtsordnungen *geschlossene* Systeme darstellen und dass jene *notwendigerweise* keine Lücken aufweisen.

Komplikationen mit dieser Ansicht zum Problem der Rechtslücke ergeben sich vor allem aus der ungenauen Formulierung der negativen Regelungsform positiver Rechtsordnungen. Was genau meint Kelsen damit, wenn er postuliert, dass eine Rechtsordnung all jene Verhaltensweisen erlaubt, welche diese nicht verbietet? Bulygin schlägt drei verschiedene Auslegungswege der kelsenianischen Verbotsthese vor:

1) Kelsen könnte mit der negativen Regelungsform die Beschreibung einer tatsächlich geltenden rechtlichen Norm innerhalb eines *bestimmten* Rechtssystems gemeint haben. Eine solche Norm wäre aber kein *notwendiger* Bestandteil von Rechtsordnungen. Ihre Existenz wäre von der konkreten Geltung innerhalb einer spezifischen positiven Rechtsordnung abhängig. Für die Annahme jener ersten möglichen Auslegung spricht, dass Kelsen die Existenz negativer Regelungen durch die Auffindung sogenannter „closure rules“³⁶⁶ in positiven Rechtsordnungen bekräftigt. Kelsen zufolge existieren in rechtlichen Systemen etwa stets Normen, die vorsehen, dass Gerichte in jedem erdenklichen Fall eine rechtliche

³⁶¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 248.

³⁶² Alchourron/Bulygin, *Normative Systeme* (1971) 219-222; Bulygin, *Kelsen on the Completeness and Consistency of Law*, in Bernal/Huerta et al (Hrsg.), *Essays in Legal Philosophy* (2015) 337.

³⁶³ Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) 106; Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 251.

³⁶⁴ Kelsen, *Allgemeine* 106.

³⁶⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 252.

³⁶⁶ Raz, *The Authority of Law* (1979) 77.

Entscheidung treffen können. Alternativ zur inhaltlichen Entscheidung bleibt den Gerichten nämlich stets der Weg der Abweisung oder Zurückweisung.³⁶⁷ Wie oben schon angeführt, ist der Nachweis der konkreten Existenz solcher Regelungen in spezifischen Rechtsordnungen aber nicht genug, um zu beweisen, dass rechtliche Systeme eine notwendige Eigenschaft der Geschlossenheit besitzen.

2) Aus diesem Grund könnte Kelsen mit der negativen Regelungsform, dem ersten Auslegungsweg entgegen, auch eine generalisierende Darstellung notwendiger Eigenschaften von Rechtssystemen vor Augen gehabt haben. Er könnte etwa gemeint haben, dass Rechtsordnungen notwendigerweise alles, was *positiv-rechtlich nicht verboten* ist, zugleich auch *positiv-rechtlich erlauben*. Für die Annahme einer solchen These eines notwendigen normativen Inhaltes positiver Rechtsordnungen liefert Kelsen jedoch keine einschlägigen Gründe.

3) Als weitere Hypothese schlägt Bulygin demnach vor, Kelsen könnte darauf abgezielt haben zu sagen, dass eine Rechtsordnung alles, was *positiv-rechtlich nicht verboten* ist, notwendigerweise auch erlaubt, wobei „Erlauben“ im Sinne von „*nicht verbieten*“ zu verstehen ist. Demnach ist also alles, was positiv-rechtlich nicht verboten ist, positiv-rechtlich nicht verboten.³⁶⁸ Eine solche Schlussfolgerung wirkt jedoch banal. Kelsen scheint sich zumindest ab der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ auf die letztere Auslegungsvariante des Verbotsprinzips festzulegen. Dafür spricht die getroffene Unterscheidung Kelsens zwischen positiven und negativen Regelungsformen positiver Rechtsordnungen. Hätte er tatsächlich geglaubt, dass positive Rechtsordnungen notwendigerweise jegliche nicht verbotenen Handlungsweisen zugleich erlauben würden, so hätte er nicht explizit darauf aufmerksam gemacht, dass nicht tatbestandsrelevante Handlungen Gegenstand einer eigens *negativen* Regelungsform sind.³⁶⁹ Eine unmissverständliche Umschreibung der Verbotsthese bleibt Hans Kelsen jedoch schuldig.

Vielleicht liegt der Sinn des Verbotsprinzips aber tatsächlich in der Explikation einer trivialen Wahrheit: Positiv-rechtlich relevant sind Sachverhalte nur, wenn diese einem positiv-rechtlichen Tatbestand zugeordnet werden können. Ähnlich interpretiert Robert

³⁶⁷ Kelsen, Allgemeine 107.

³⁶⁸ Alchourron/Bulygin, Normative Systeme 218 ff; Bulygin in Bernal/Huerta et al 346-347; Paulson, Hans Kelsen on legal interpretation, legal cognition, and legal science, Jurisprudence 10 (2019) 188 (201-202).

³⁶⁹ Kelsen, Allgemeine 106; Kelsen, Reine Rechtslehre² 251.

Walter Kelsens These, wenn er folgendes schreibt: „Die Gesamtheit der Verhaltensnormen verbietet eine Anzahl von Verhaltensweisen. Damit sind – notwendigerweise – die anderen Verhaltensweisen nicht verboten („erlaubt“).“³⁷⁰

Andere Lückentheorien betrachtet Kelsen mit scharfer Skepsis. Jene würden annehmen, dass „das geltende Recht in einem konkreten Fall nicht anwendbar [ist], wenn sich keine generelle Rechtsnorm auf diesen Fall bezieht“³⁷¹. Aufgrund einer solchen Lücke muss das Gericht schließlich - notwendigerweise, da ja das geltende Recht nicht anwendbar ist - tätig werden und für den ungeregelten Fall eine neue Rechtsnorm schaffen. Die Unanwendbarkeit des Rechts ist aber, aufgrund der Eigenschaft der Geschlossenheit, ein Trugschluss und so geht Kelsen davon aus, dass „die Existenz einer ‚Lücke‘ nur dann angenommen wird, wenn [...] die logische Anwendung des geltenden Rechtes aus [...] rechtspolitische[m] Grunde abgelehnt [...] wird“³⁷².

Letztendlich befindet Kelsen also, dass Urteile über die Existenz von Rechtslücken nicht mit dem Zweck rechtswissenschaftlicher Erkenntnis vereinbar sind.³⁷³ Die Beschäftigung mit dem Begriff der Rechtslücke ist für Kelsen nämlich stets ein Versuch der Rationalisierung subjektiver moralischer Wertungen, welche für das Unterfangen einer objektiven Reinen Rechtslehre keinen epistemischen Beitrag leisten können.

Auf die österreichische Staats- und Verwaltungsrechtslehre hat jene lückenbezogene Skepsis der Reinen Rechtslehre großen Einfluss gehabt.³⁷⁴

b. Wertungsjurisprudenz

Im Gegensatz dazu wurde die österreichische Zivilrechtslehre hinsichtlich des Rechtslückenbegriffes maßgeblich durch Beiträge von Claus-Wilhelm Canaris³⁷⁵ und Franz Bydlinski³⁷⁶ im Sinne der sogenannten Wertungsjurisprudenz geprägt.

³⁷⁰ *Walter*, Überlegungen zum Problem der Rechtslücke, in GS Ringhofer (1995) 197 (198).

³⁷¹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 251.

³⁷² *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 252.

³⁷³ Vgl *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 254: „Die Annahme des Gerichtes, dass ein Fall vom Gesetzgeber das Recht anders gestaltet hätte, wenn er den Fall vorausgesehen hätte, beruht zumeist auf einer nicht beweisbaren Vermutung.“.

³⁷⁴ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015) 71 f; *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht: System (1972) 95 f.

³⁷⁵ *Canaris*, Lücken 19 ff.

³⁷⁶ *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 472 ff.

Die Wertungsjurisprudenz legt besonderen Wert darauf, das positive Recht als ein *Gesamtprodukt* zu verstehen. Ihren Anhängern ist es ein Anliegen, die einzelnen „Regelungen einer bestimmten Rechtsordnung in ihrem Zusammenhang zu erfassen“³⁷⁷. Sie grenzt sich überdies von ihrer Vorgängerin der Interessenjurisprudenz ab, indem sie sich von einem rein positivistischen Wissenschaftsbegriff abwendet und eine wertorientierte Sichtweise auf das Recht entwickelt.³⁷⁸ Um eine Rechtsordnung in ihrem Gesamtzusammenhang zu erfassen, strebt die Wertungsjurisprudenz danach, jene über den positiv-gesetzten Rechtsregeln stehenden Wertungen zu ergründen. Das Recht lässt sich der Wertungsjurisprudenz zufolge also nur insofern hinreichend verstehen, als danach gefragt wird, „woher die Bewertungsmaßstäbe [des positiven Rechts] kommen“³⁷⁹ und wie diese ausgestaltet sind.

Der Inhalt, der einem Rechtssetzungsakt zugrunde liegenden Wertung wird von der Wertungsjurisprudenz als „situationsbedingte Konkretisierungen der Gerechtigkeitsidee bzw. als Folgerungen dieser verstanden“³⁸⁰. Einzelnen Regelungen können dabei zunächst konkrete Regelungszwecke zugeordnet werden. Mit zunehmender Zahl und Generalität der betrachteten Regelungen³⁸¹ ist es möglich, sogenannte *Rechtsprinzipien* herauszuarbeiten.

Die Identifikation von Rechtsprinzipien erfolgt durch ein *induktives Verfahren*.³⁸² Dieses Verfahren wird von Larenz und Canaris als die Auslegung sogenannter objektiv-teleologischer Kriterien bezeichnet.³⁸³ Diese Kriterien beziehen sich nicht auf willentlich gesetzte Handlungen eines Rechtsetzers.³⁸⁴ Vielmehr soll, ausgehend von „einer gegebenen Mannigfaltigkeit rechtlicher Normen“, ein „auf ihre Einheit“³⁸⁵ hinweisendes Rechtsprinzip erkannt werden.

Bei der Feststellung von Rechtslücken übernehmen Rechtsprinzipien im theoretischen System der Wertungsjurisprudenz eine zentrale Rolle. Rechtsprinzipien markieren den

³⁷⁷ Jakl, *Recht aus Freiheit: Die Gegenüberstellung der rechtstheoretischen Ansätze der Wertungsjurisprudenz und des Liberalismus mit der kritischen Rechtsphilosophie Kants* (2009) 30.

³⁷⁸ F. Bydlinski, *Methodenlehre*² 123-124.

³⁷⁹ F. Bydlinski, *Methodenlehre*² 128.

³⁸⁰ Jakl, *Freiheit* 35.

³⁸¹ Etwa bei der Befassung mit einzelnen Rechtsgebieten oder dem Recht überhaupt.

³⁸² Zur Induktion siehe II.C.3.

³⁸³ Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*¹¹ 498.

³⁸⁴ Larenz/Canaris, *Methodenlehre* 154.

³⁸⁵ Jakl, *Freiheit* 74.

Unterschied zwischen dem juristisch unbeachtlichen rechtsfreien Raum und dem juristisch durchaus beachtlichen Bereich der Rechtslücke.³⁸⁶

Mit dem Begriff *des rechtsfreien Raums* werden jene „Gebiete menschlichen Verhaltens“ beschrieben, „in denen [das positive Recht] auf eine Regelung gänzlich oder teilweise verzichtet“³⁸⁷. Im Gegensatz dazu bezieht sich der Begriff der Rechtslücke auf einen Bereich, für den der Gesetzgeber zwar keine *ausdrückliche* bzw. *eine willentlich gesetzte Regelung* vorgesehen hat, für den jedoch ein einschlägiges Rechtsprinzip existiert.³⁸⁸ Fehlt eine rechtliche Regelung für einen bestimmten Sachverhalt und widerspricht dies der Forderung eines Rechtsprinzips, so ist von einer *planwidrigen Unvollständigkeit* des positiven Rechts auszugehen. Der Begriff der planwidrigen Unvollständigkeit nimmt sohin eine spezifische prinzipienbezogene Bedeutung an. Franz Bydlinski fasst diesen Umstand wie folgt zusammen:

„Die realistische Interpretation der planwidrigen Unvollständigkeit geht dahin, dass in der Regelschicht der Gesetzesvorschriften die Zwecke und Grundwertungen (Prinzipien), vor denen sich die Gesetzgebung an sich im jeweils fraglichen Zusammenhang leiten ließ, nicht konsequent und umfassend realisiert wurden.“³⁸⁹

Auch weitere österreichische Zivilrechtler verknüpfen den Rechtslückenbegriff in dieser Weise mit dem Begriff des Rechtsprinzips. So meint Schauer etwa, dass der „Maßstab bei der Feststellung der Lückenhaftigkeit [...] stets die aus den einzelnen Normen oder der Gesamtrechtsordnung hervorleuchtenden Zwecke und Wertungen sein [müssen].“³⁹⁰ Auch definiert Kodek den Rechtslückenbegriff in diesem Sinne als eine „Unvollständigkeit [die sich] erst vor dem Hintergrund der Zwecke, Wertvorstellungen und Grundsätzen der gesamten Rechtsordnung ergibt“³⁹¹.

Da zumeist davon ausgegangen wird, dass die Ermittlung von Rechtsprinzipien anhand von objektiv-teleologischen Kriterien des gesamten positiven Rechts erfolgen muss, nimmt die Wertungsjurisprudenz schließlich an, dass eine Rechtslücke eine „planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts [...] gemessen am *Maßstab der gesamten*

³⁸⁶ Für *Canaris*, Lücken 94, sind Rechtsprinzipien der „Maßstab der Lückenfeststellung“.

³⁸⁷ *Canaris*, Lücken 40.

³⁸⁸ *Canaris*, Lücken 43-44.

³⁸⁹ *F. Bydlinski*, Grundzüge 82.

³⁹⁰ *Schauer* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON (Stand 2021) § 7 Rz 8.

³⁹¹ *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (Stand 2015) § 7 Rz 19.

geltenden Rechtsordnung [kursiv vom Autor]³⁹² darstellt. Dieses Zitat hat sich zu einem gängigen Stehsatz in der Rechtswissenschaft und in der juristischen Praxis entwickelt.³⁹³

Häufig wird von der Wertungsjurisprudenz bei der Feststellung von Rechtslücken statt auf den Begriff des Rechtsprinzips auf den Begriff der „immanente[n] Teleologie des Gesetzes“³⁹⁴ verwiesen. Damit ist aber nichts anderes gesagt, als dass die Feststellung einer Rechtslücke aus Sicht der Wertungsjurisprudenz aufgrund der Betrachtung objektiv-teleologischer Kriterien der „Gesamtrechtsordnung“³⁹⁵ verfährt. Die Begriffe des Rechtsprinzips und der immanenten Rechtsteleologie können somit weitgehend als bedeutungsgleich betrachtet werden.

Im Gegensatz zu der vermeintlich wertungsfreien Reinen Rechtslehre Kelsens ist die Schule der Wertungsjurisprudenz also der Erforschung rechtlicher „Manifestation[en] höherer Gerechtigkeitsideale“³⁹⁶ verschrieben. Wer jedoch dies nicht als eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft wahrnimmt, der „vermag mit dem [...] Lückenkonzept [...] wenig anzufangen“³⁹⁷.

c. Regelungslücke

Der generelle Begriff der *Regelungslücke* (oft auch als *unechte Lücke*³⁹⁸ bezeichnet) beschreibt das *Fehlen* einer positiven Rechtsnorm innerhalb eines positiven Rechtssystems und weist somit auf eine *normative Unvollständigkeit* des positiven Rechtssystems hin. Die normative Unvollständigkeit eines Rechtssystems bedeutet konkret, dass eine Rechtsordnung auf einen bestimmten Sachverhalt „nicht anwendbar“³⁹⁹ ist, bzw., dass sich auf einen bestimmten Sachverhalt „keine generelle Rechtsnorm [...] bezieh[t]“⁴⁰⁰. Der Begriff der Regelungslücke stellt demnach zunächst bloß „das Nichtvorhandensein einer gesetzlichen Regelung“⁴⁰¹ dar.

³⁹² Canaris, Lücken 39.

³⁹³ Zur Verwendung durch den VwGH siehe unten VI.C.1.

³⁹⁴ Canaris, Lücken 34.

³⁹⁵ Canaris, Lücken 197.

³⁹⁶ Kehler, Methodik 77.

³⁹⁷ Kehler, Methodik 79.

³⁹⁸ F. Bydlinski, Methodenlehre² 246, definiert die unechte Lücke so, dass im Fall ihrer Existenz, „die Rechtsschicht der positiven Gesetzesnormen [...] nach der gesetzlichen Voraussetzung keine Subsumption des zu beurteilenden Falles gestatten.“

³⁹⁹ F. Bydlinski, Gesetzeslücke: § 7 ABGB und die Reine Rechtslehre, in GS Gschnitzer (1969) 101 (107).

⁴⁰⁰ F. Bydlinski in GS Gschnitzer 107.

⁴⁰¹ Schmidt, VerwArch 2006, 142.

Das *Fehlen* oder *Nichtvorhandensein* einer positiven Rechtsnorm ersuchen Alchourron und Bulygin unter dem Stichwort der „normativen Lücke“⁴⁰² zu analysieren. Für sie stellt eine normative Lücke eine „relationale [...] Eigenschaft“⁴⁰³ eines Normensystems dar, das sie als eine endliche „Menge von Normen“⁴⁰⁴ definieren. Die in Frage stehende Relation ist die der normativen Korrelation mit der Menge an *möglicherweise vorkommenden Sachverhalten*. Demgemäß ist „eine [normative] Lücke ein Fall, den das [normative] System mit keiner [normativen] Lösung korreliert“⁴⁰⁵. Insofern ist für Alchourron und Bulygin ein Normensystem immer dann lückenhaft, wenn dieses keine normativen „Lösungen für jeden möglichen Fall und jede mögliche Handlung anbiete[t]“⁴⁰⁶.

Im Gegensatz dazu ist für die beiden Autoren ein Normensystem *geschlossen*, wenn „in ihm jede Handlung in jedem möglichen Fall deontisch determiniert ist“⁴⁰⁷. Die normative Unvollständigkeit eines positiven Rechtssystems ist demnach gegeben, insofern ein möglicherweise vorkommender Sachverhalt erdacht werden kann, für den das Rechtssystem keine normative Lösung parat hält. Um die normative Lücke zu definieren, vergleichen Alchourron und Bulygin das Regelsystem einer positiven Rechtsordnung also mit einem fiktiven geschlossenen Regelsystem, welches für jeden erdenklichen Sachverhalt eine Regelung bereithält. Der Bereich der fehlenden Isomorphie der beiden Systeme ist für sie der Bereich der normativen Lücke.

Kerninhalt des Begriffes der Regelungslücke ist sohin der *Vergleich* bzw. die Gegenüberstellung einer positiven Rechtsordnung mit einem *nicht-positivierten* geschlossenen Regelsystem. Die Unvollständigkeit einer positiven Rechtsordnung wird durch die fehlende Isomorphie zu einem umfassenderen nicht-positivierten Regelsystem festgestellt. Walter beschreibt das Phänomen der Regelungslücke (unechten Lücke) in diesem Sinne wie folgt:

„Damit legen sie ihrer Betrachtung in Wahrheit mehrere Gegenstände zugrunde: einen Gegenstand „positives Recht“ und einen anderen Gegenstand, nämlich ein Normensystem,

⁴⁰² Alchourron/Bulygin, Systeme 49.

⁴⁰³ Alchourron/Bulygin, Systeme 199.

⁴⁰⁴ Alchourron/Bulygin, Systeme 47.

⁴⁰⁵ Alchourron/Bulygin, Systeme 213.

⁴⁰⁶ Alchourron/Bulygin, Systeme 200.

⁴⁰⁷ Alchourron/Bulygin, Systeme 201.

das zu dem ersteren hinzutritt, festlegt, dass dieses an bestimmten Stellen „Lücken“ aufweist und innerhalb dieser die maßgeblichen Regelungen enthält.“⁴⁰⁸

In der einschlägigen Literatur wird der Begriff der Regelungslücke oft auf den Vergleich mit einer *spezifischen Art* eines nicht-positivierten Regelsystems bezogen. Vielfach wird etwa davon ausgegangen, dass die Regelungslücke auf eine fehlende Übereinstimmung zwischen moralischen Wertvorstellungen und rechtlichen Regeln hinweist. So spricht Grabau davon, dass der Rechtslückenbegriff „der Vorstellung von einer notwendigen Deckung von Rechts- und Lebensordnung [entspricht]“⁴⁰⁹. Walter weist wiederum darauf hin, dass sich die Feststellung einer Lücke sowohl auf den Untersuchungsgegenstand des positiven Rechts als auch auf den des Naturrechts bezieht.⁴¹⁰

Das Lückenkonzept der Wertungsjurisprudenz versteht die Regelungslücke als den Vergleich ausdrücklich positiver Rechtsnormen mit den inhärenten Prinzipien eines Rechtssystems. Franz Bydlinski sieht daher die Funktion der Regelungslücke (unechte Lücke) in der Ermöglichung der Anwendung einer über dem ausdrücklich geregelten positiven Recht stehenden „Rechtsschicht“⁴¹¹ gegeben. Diese Rechtsschicht besteht aus den dem Recht „zugrundeliegenden Interessenbewertungen“ sowie den allgemeinen „Prinzipien des Rechts“⁴¹². Fraglich ist jedoch, inwiefern innerhalb des Systems der Wertungsjurisprudenz die Regelungslücke tatsächlich noch als ein gänzlich Fehlen einer positiven Rechtsnorm gelten kann, da diesem Ansatz zufolge auch die dem Rechtssystem inhärenten Prinzipien als spezifische Formen von Rechtsnormen zu verstehen sind.

Andere Theoretiker verbinden mit dem Begriff der Regelungslücke den Vergleich eines positiven Rechtssystems mit einer Summe politischer Forderungen und Vorstellungen. So hat sich der Begriff der *rechtspolitischen Lücke* in diesem Zusammenhang durchgesetzt. Weinberger sieht eine rechtspolitische Lücke als gegeben an, „wenn man den Vorwurf erhebt, dass es ein politisches Erfordernis sei, gewisse Normen zu setzen“⁴¹³. Kramer meint

⁴⁰⁸ Walter in GS Ringhofer 199.

⁴⁰⁹ Grabau, Normen 90.

⁴¹⁰ Walter in GS Ringhofer 199: „Der zugrundegelegte ‚Gegenstand‘ ist also positives Recht und Naturrecht.“

⁴¹¹ F. Bydlinski, Methodenlehre² 246.

⁴¹² F. Bydlinski, Methodenlehre² 246.

⁴¹³ Weinberger, Norm 192.

des Weiteren eine rechtspolitische Lücke liege vor, wenn bestimmte Normen nicht vorhanden sind „deren Behebung dem Gesetzgeber vorbehalten ist“⁴¹⁴.

In der österreichischen Rechtswissenschaft wurde die theoretische Beschäftigung mit Regelungslücken unter dem Einfluss der Reinen Rechtslehre stark kritisiert.⁴¹⁵ Aus rein positivistischer Sicht ist der Begriff der Regelungslücke theoretisch irrelevant, da der Vergleich positiver Rechtsordnungen mit anderen nicht-positivierten Regelsystemen (auch mit den Forderungen nicht ausdrücklich geregelter inhärenter Rechtsprinzipien) nicht zum Ziel einer Wissenschaft gehört, die sich ausschließlich der Beschreibung des positiven Rechts widmet.⁴¹⁶ In diesem Sinne führt die methodische Verwendung des Konzepts der Regelungslücke zu fiktiven Rechtsanwendungen im Bereich des rechtsfreien Raums.⁴¹⁷

d. Technische Lücke

Ein weiterer geläufiger Begriff der Rechtslücke ist jener der *technischen Lücke*.⁴¹⁸ Dieser Begriff beschreibt verschiedene Formen der *Unbestimmtheit rechtlicher Regeln*. Im Gegensatz zur Regelungslücke geht es in der Debatte über die technische Lücke nicht um das Fehlen rechtlicher Normen, sondern um die konkrete Ausgestaltung *vorhandener* Rechtsnormen.

Klug sieht die Ursache technischer Lücken in der „Ungenauigkeit der Sprachregelung des Normengebers“⁴¹⁹ gelegen. Er definiert die technische Lücke folgendermaßen:

„Sie liegt vor, wenn der Normengeber eine allgemeine Norm angeordnet hat, ohne zugleich ihre nähere Ausgestaltung geregelt zu haben.“⁴²⁰

⁴¹⁴ Kramer, Methodenlehre⁶ 217.

⁴¹⁵ Kelsen, Reine Rechtslehre² 96-97, spricht in diesem Zusammenhang auch davon, dass das „Interpretationsmittel“ der „Analogie völlig wertlos“ ist.

⁴¹⁶ Für Jakab, Methoden 189, besteht „die Schwierigkeit [...] darin, dass man es hier mit einer Evaluationsfrage [...] zu tun hat.“; Kelsen, Reine Rechtslehre² 254, kommt zu dem Schluss, dass „die Annahme, daß [sic!] es Lücken im Recht gebe“, eine „theoretisch unhaltbare Fiktion“ sei; Vgl dazu auch Ringhofer, Interpretation und Reine Rechtslehre: Gedanken zu einer Kritik, in FS Kelsen (1971) 198 (199).

⁴¹⁷ Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Konzept des rechtsfreien Raums für Kelsen im Hinblick auf seine Verbotsthese problematisch war. Die oben gewählte Formulierung bezieht sich daher auf eine Form des strengen Positivismus, die sich von der Verbotsthese gelöst hat. Zur Verbotsthese siehe III.B.3.a.

⁴¹⁸ Potacs, Rechtstheorie² 203; Walter, Bundesverfassungsrecht 95; Zippelius, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012) 52, spricht in diesem Zusammenhang von sogenannten „Formulierungslücken“. Eine solche liege vor, wenn „das Gesetz schon seinem Wortlaut nach keine vollständige Verhaltensrichtlinie gibt“.

⁴¹⁹ Klug in FS Nipperdey 86.

⁴²⁰ Klug in FS Nipperdey 74-75.

Für Weinberger stellt eine technische Lücke „eine normative Unbestimmtheit [...] die durch bloße Interpretation des Rechts nicht behoben werden kann“⁴²¹ dar. Nicht zuletzt existiert für Walter eine technische Lücke, wenn „dem positiven Recht [...] eine Norm zu entnehmen [ist], doch [...] diese in bestimmter Hinsicht von größerer Unbestimmtheit [ist]“⁴²².

Der Begriff der technischen Lücke verweist sohin auf die *fehlende Bestimmtheit* rechtlicher Normen. Im Vergleich zu einer präzisen Rechtsnorm stellt die Unbestimmtheit einer Rechtsnorm insofern eine *Unvollständigkeit* dar. Abhängig davon, ob es der Rechtsanwendung obliegt, die unbestimmte Rechtsnorm weiter zu determinieren, kann auch in diesem Fall von einer *planwidrigen Lücke* gesprochen werden.

Der Begriff der Unbestimmtheit selbst ist jedoch mehrdeutig. Im Zusammenhang mit der technischen Lücke werden meist verschiedene spezifische Formen der Unbestimmtheit thematisiert.⁴²³

1) Der Begriff der Unbestimmtheit lässt sich zunächst mit dem Phänomen der *Generalität* in Verbindung bringen. Letztere bezeichnet die Fähigkeit von Begriffen, sich auf *universelle* Phänomene zu beziehen.⁴²⁴ Durch die Verwendung genereller Begriffe können konkrete Objekte in Arten, Typen, Klassen und Kategorien unterteilt werden.⁴²⁵ Zudem kann durch die Verwendung genereller Ausdrücke eine unbestimmte Menge konkreter Objekte bezeichnet werden.⁴²⁶

Das Recht bedient sich genereller Begriffe und generell gehaltener Regeln, um das Verhalten von Rechtsunterworfenen möglichst umfassend zu regeln.⁴²⁷ Im Rahmen der österreichischen Bundesverfassung ist der einfache Gesetzgeber grundsätzlich dazu verpflichtet, Rechtsnormen mit dem Inhalt einer generell-abstrakten Regel zu erlassen.

⁴²¹ Weinberger, Norm 193.

⁴²² Walter in GS Ringhofer 201; Walter, Bundesverfassungsrecht 95: „Bei der echten Lücke ist zwar eine anzuwendende Rechtsvorschrift vorhanden, aber diese ist in bestimmter Richtung nicht präzisiert. Es ist also eine Rechtsvorschrift anzuwenden, doch bedarf sie näherer Bestimmung.“.

⁴²³ Vgl Hemke, Analogiebildung 85 ff.

⁴²⁴ Vgl Van Inwagen, Existence: Essays in Ontology (2014) 154 ff; Lowe, A Survey of Metaphysics (2002) 350.

⁴²⁵ Schauer, Rules 19.

⁴²⁶ Sennet, Ambiguity, in Zalta/Nodelman (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2023) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/ambiguity/>>.

⁴²⁷ F. Schauer, The Generality of Law, West Virginia Law Review 107 (2004) 217 (233).

Gültig zustande gekommene Gesetze im formellen Sinn weisen demnach üblicherweise den Inhalt eines *Gesetzes im materiellen Sinn* auf.⁴²⁸

Die Existenz genereller Begriffe kann in vielen Fällen Unklarheiten oder gar vermeintliche „Funktionsstörung[en]“⁴²⁹ bei der Rechtsanwendung aufkommen lassen. Beispielhaft hierfür nennt Kelsen die gesetzlich angeordnete Wahl eines Organs, bei der die einschlägige Rechtsvorschrift die Bestimmung eines Wahlverfahrens auslöst.⁴³⁰ Auch Walter führt in diesem Zusammenhang einen Fall an, in dem ein „Kollegialorgan“ gesetzlich dazu berufen ist, „„mehrheitlich“ zu entscheiden“, wobei das Gesetz es versäumt, „die erforderliche Mehrheit festzulegen“⁴³¹.

Für Kelsen sind solche Unklarheiten, die sich bei der Anwendung genereller Rechtsnormen ergeben, jedoch unvermeidbar. Sie ergeben sich schon aus der Natur des positiven Rechts.⁴³² Aus diesem Grund ermächtigen positive Rechtsordnungen bestimmte zur Rechtsanwendung berufene Organe, um generelle Rechtsbegriffe auf konkrete Sachverhalte anzuwenden und auf diese Weise neue, präzisere Normen zu schaffen.⁴³³ Nach Kelsen „erfolgt [daher] die Setzung einer [...] generellen Norm [...] stets unter der Voraussetzung, daß [sic!] die in ihrer Anwendung ergehende individuelle Norm den Prozeß [sic!] der Determination fortsetzt“⁴³⁴.

Da Rechtsnormen typischerweise generell-abstrakt formuliert sind, ist ein großer Teil des positiven Rechts zwangsläufig mit technischen Lücken behaftet. In diesem Zusammenhang bezeichnen Rüthers/Fischer/Birk die Schließung solcher Lücken sogar als den „Normalfall der Rechtsanwendung“⁴³⁵.

2) Der Begriff der Unbestimmtheit kann sich des Weiteren auf Fälle der *logischen Unanwendbarkeit* einer Rechtsnorm beziehen.⁴³⁶ Nach Kehrler liegt eine solche Form der Unbestimmtheit beispielsweise dann vor, wenn eine Rechtsvorschrift auf andere nicht

⁴²⁸ Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986) 65-66.

⁴²⁹ Canaris, Lücken 141.

⁴³⁰ Kelsen, Reine Rechtslehre² 254-55.

⁴³¹ Walter in GS Ringhofer 202.

⁴³² Näheres zu Kelsens Rahmentheorie der Interpretation bei Kelsen, Reine Rechtslehre² 364 ff.

⁴³³ Kelsen, Reine Rechtslehre² 347.

⁴³⁴ Kelsen, Reine Rechtslehre² 347.

⁴³⁵ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹¹ 514-515.

⁴³⁶ Vgl. F. Bydlinski, Methodenlehre² 473-74; Kerschner, Methodenlehre 103; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 7 Rz 20; M. Schauer in Kletecka/Schauer, ABGB-ON (Stand 2021) § 7 Rz 5.

existierende Gesetze verweist.⁴³⁷ Ein ähnliches Beispiel wäre ein Gesetz, das die Vornahme praktisch unmöglicher Handlungen vorschreibt.⁴³⁸

In solchen Fällen ist die Referenz, die ein in der jeweiligen Rechtsvorschrift enthaltener Begriff aufweist, fehlerhaft. Referenz wird in der analytischen Sprachphilosophie jene Beziehung genannt, die ein Begriff zu bestimmten Objekten und Eigenschaften hat.⁴³⁹ Ein Begriff kann sich dabei sowohl auf *tatsächlich* existierende Phänomene als auch auf fiktionale⁴⁴⁰ und nicht existierende Objekte beziehen. Eine solch fehlerhafte Referenz kann auch als Pseudo-Referenz⁴⁴¹ bezeichnet werden.

Verweist eine Rechtsvorschrift auf ein nicht existentes Gesetz, so steht die Rechtsanwendung vor dem Problem der Anwendung von Begriffen mit Pseudo-Referenz. Es wird versucht, den begrifflichen Inhalt mit tatsächlich vorkommenden Sachverhalten zu verbinden, obwohl eine solche Verknüpfung nicht möglich ist. Infolgedessen ist der Inhalt einer solchen Rechtsvorschrift unvollständig und lückenhaft.

3) Eine weitere Form der Unbestimmtheit stellt die *sprachliche Ambiguität* dar.⁴⁴² Ein sprachliches Zeichen weist die Eigenschaft der Ambiguität auf, wenn diesem in einem konventionellen Sprachsystem mehr als eine Bedeutung zukommt.⁴⁴³ Der Begriff der *lexikalischen* Ambiguität bezieht sich dabei auf die Mehrdeutigkeit einzelner Worte, wogegen sich der Begriff der *strukturellen* Ambiguität auf die Mehrdeutigkeit komplexer sprachlicher Einheiten (Phrasen, Sätze) bezieht.⁴⁴⁴

⁴³⁷ Kehler, Methodik 90; Kerschner/Kehler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar³ §§ 6 & 7 Rz 49; Ein solches Beispiel führt auch Jakab, Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts: Eine Einführung für Fortgeschrittene (2021) 188, an. Für diesen bestehen „technische Rechtslücken [...] dort, wo die Verfassung selbst eine Lücke schafft (zB wenn eine Bestimmung auf eine andere Bestimmung verweist, diese aber nicht zu finden ist)“.

⁴³⁸ Beispiel: Eine Rechtsvorschrift, welche dem Richter vorgibt die Gedanken der Verfahrensparteien zu lesen.

⁴³⁹ Michaelson, Reference, in Zalta/Nodelman (Hrsg) The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2024) <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2024/entries/reference/>>.

⁴⁴⁰ Kroon/Voltolini, Fictional Entities, in Zalta/Nodelman (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2023) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/fictional-entities/>>.

⁴⁴¹ Bach, On Referring and Not Referring, in Gundel/Hedberg (Hrsg), Reference: Interdisciplinary Perspectives (2008) 13 (31-32).

⁴⁴² Vgl Kelsen, Reine Rechtslehre² 348.

⁴⁴³ Sennet in Zalta/Nodelman.

⁴⁴⁴ Blackburn, ambiguity, in Blackburn (Hrsg) A Dictionary of Philosophy (2016) <<https://www.oxfordreference.com.uaccess.univie.ac.at/display/10.1093/acref/9780198735304.001.0001/acr-ef-9780198735304-e-143?rskey=drRAm6&result=1>>.

In der zwischenmenschlichen Kommunikation wird die Ambiguität verwendeter Ausdrücke durch Rückgriff auf die kommunikative Intention des Sprechers aufgelöst.⁴⁴⁵ Entsprechend wird auch bei der Interpretation mehrdeutiger Ausdrücke einer Rechtsvorschrift darauf geachtet, mit welcher Bedeutung der Gesetzgeber ursprünglich intendiert hatte, einen Begriff zu verwenden. Für Fälle, in denen die Auflösung einer Mehrdeutigkeit anhand des gesetzgeberischen Willens nicht möglich ist, erscheint es zweckmäßig, von einer technischen Lücke zu sprechen.⁴⁴⁶

4) Ein weiteres Phänomen, welches vielfach mit dem Begriff der Unbestimmtheit in Verbindung gebracht wird, ist das der *Vagheit*.⁴⁴⁷ Mit dem Begriff der Vagheit wird grundsätzlich die Existenz von Grenzfällen bei der Anwendung eines sprachlichen Ausdrucks bezeichnet.⁴⁴⁸ Die Existenz eines Grenzfalles wird angenommen, „wenn trotz Kenntnis der relevanten Tatsachen nicht eindeutig bestimmbar ist, ob [dieser] unter den ausgedrückten Begriff [fällt] oder nicht“⁴⁴⁹. Dazu ein Beispiel: Eine Körneransammlung ist nicht eindeutig ein Haufen, aber auch nicht eindeutig kein Haufen. Eine Körneransammlung ist sohin ein Grenzfall des Begriffes Haufen.⁴⁵⁰ Grenzfälle zeigen begriffliche und sprachliche Graubereiche bei der Anwendung von Begriffen auf.⁴⁵¹

Das Phänomen der Vagheit beschränkt sich jedoch nicht auf Schwierigkeiten, die bei der Anwendung eines Grenzfalles auftreten, sondern umfasst auch die präzise Bestimmung eines Grenzfalles selbst. So ist etwa die Dämmerung ein Grenzfall des Begriffes Tag. Doch wann genau beginnt die Dämmerung, wann wird ein Tag zur Dämmerung? Nicht nur der Begriff Tag hat also unscharfe Grenzen, auch sein Grenzfall die Dämmerung ist selbst wiederum vage. Dieses Phänomen wird zumeist als höherstufige Vagheit („higher-order vagueness“) bezeichnet und beschreibt den Umstand, dass die Grenzfälle vager Begriffe stets weitere Grenzfälle besitzen.⁴⁵²

⁴⁴⁵ Carston, Synthese 165 (2008) 333.

⁴⁴⁶ Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre² 348.

⁴⁴⁷ Über grundlegende Arten der Vagheit im Recht siehe Marmor, Varieties of Vagueness in the Law, in Bongiovanni/Postema et al (Hrsg), Handbook of Legal Reasoning and Argumentation (2018) 561.

⁴⁴⁸ Endicott, Vagueness in Law (2000) 31; Kluck, Der Wert der Vagheit (2014) 14; Sennet in Zalta/Nodelman.

⁴⁴⁹ Kluck, Vagheit 14.

⁴⁵⁰ Kluck, Vagheit 9 ff.

⁴⁵¹ Kluck, Vagheit 13.

⁴⁵² Sorensen, Vagueness, in Zalta/Nodelman (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2023) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/vagueness/>> Punkt 1.

Im Gegensatz zur Auflösung der Mehrdeutigkeit eines Ausdrucks ist es nicht ohne weiteres möglich, die genauen Anwendungsgrenzen eines vagen Begriffes durch Rückgriff auf eine kommunikative Intention zu bestimmen. Denn auch der Inhalt einer jeweiligen kommunikativen Intention weist Grenzfälle seiner Anwendung auf. Für die Rechtsanwendung bedeutet dies, dass die Subsumtion eines Grenzfalles unter einen vagen Rechtsbegriff ein nur schwer lösbares Problem darstellt.⁴⁵³ Es scheint daher zweckmäßig, auch in solchen Fällen von einer technischen Lücke zu sprechen.

Der Begriff der technischen Lücke versucht sohin verschiedene, mit dem Begriff der Unbestimmtheit in Verbindung gebrachte Phänomene einzufangen. Insbesondere dient er dazu, jene Fälle zu beschreiben, in denen der Rechtsanwender an die Grenzen einer möglichen Subsumtion stößt.

e. Semantische Lücke

Unter dem Einfluss von Potacs wird in der neueren Literatur ein weiterer Lückenbegriff vorgeschlagen. Dieser Ansatz zielt darauf ab, unter Berücksichtigung kommunikationstheoretischer Erkenntnisse die Diskrepanz zwischen der Semantik einer Rechtsvorschrift und ihrem weitergehenden normativen Gehalt zu erfassen.

In diesem Zusammenhang prägte Potacs den Begriff der *semantischen Lücke*.⁴⁵⁴ Seiner Ansicht nach gibt es Fälle, in denen sich „ein Rechtsetzer einer *semantisch verkürzten* Ausdrucksweise bedient [kursiv im Original]“⁴⁵⁵, wobei solchen Fällen gemein ist, „dass ein Rechtsetzer ‚mehr‘ wollte als er explizit (dh semantisch) zum Ausdruck brachte“⁴⁵⁶. Eine durch verkürzte Ausdrucksweise entstandene Rechtsvorschrift ist schließlich, „gemessen am [mittels pragmatischer Anhaltspunkte] zusinnbaren Willen des Rechtsetzers“⁴⁵⁷, als lückenhaft zu betrachten. Auch Wiederin zufolge ist sinngemäß von einer solchen Lücke auszugehen, wenn „das vom Gesetzgeber Gewollte über das von ihm Gesagte hinausreicht“, sodass „der Wille des Gesetzgebers im Text unzureichenden Ausdruck gefunden hat“⁴⁵⁸.

⁴⁵³ Vgl. Sorensen, Vagueness has no function in law, Legal Theory 7 (2001) 387 (400): “Judges cannot discover the correct answer to a question about an absolute borderline case because no one can.”.

⁴⁵⁴ Siehe Potacs, Rechtstheorie² 202 ff.

⁴⁵⁵ Potacs, Rechtstheorie² 202.

⁴⁵⁶ Potacs, Rechtstheorie² 202.

⁴⁵⁷ Potacs, Rechtstheorie² 202.

⁴⁵⁸ Wiederin, EuGRZ 1987, 143.

In Ansehung der Kriterien des allgemeinen Sprachgebrauchs kann auch der Begriff der semantischen Lücke als planwidrige Unvollständigkeit verstanden werden. Der für die Feststellung einer *Unvollständigkeit* notwendige Vergleich besteht in diesem Zusammenhang darin, dass die semantischen Bedeutungen einer Rechtsvorschrift dem durch den rechtsetzerischen Willensakt bestimmten Sinngehalt gegenübergestellt werden.

Die *Planwidrigkeit* einer semantischen Lücke ergibt sich aus dem grundsätzlichen Erfordernis, rechtliche Normen möglichst klar und effektiv zu kommunizieren. Weichen die semantischen Bedeutungen einer Rechtsvorschrift stark vom normativen Gehalt ab, so können Zweifel daran entstehen, ob der normative Inhalt hinreichend erkannt werden kann. Das kann wiederum sowohl zu kommunikationstheoretischen als auch zu positiv-rechtlichen Konflikten führen.

Auch Kelsen hat im Zusammenhang mit seiner Rahmentheorie der Interpretation auf ein der semantischen Lücke ähnliches Problem hingewiesen. Ihm zufolge kommt nämlich der Rahmencharakter einer Rechtsnorm unter anderem durch Fälle zum Vorschein, in denen „zwischen dem sprachlichen Ausdruck der Norm und dem dadurch auszudrückenden Willen der normsetzenden Autorität eine Diskrepanz besteht“⁴⁵⁹. Anders ausgedrückt: Die semantischen Bedeutungen einer Rechtsvorschrift können fallweise vom intendierten Sinngehalt abweichen und das führt wiederum zu Unklarheiten bezüglich der geeigneten Vorgehensweise bei ihrer Auslegung.

Dem adäquaten Verständnis der semantischen Lücke unterliegt demnach ein Verständnis des Phänomens der *semantischen Unterdeterminierung*⁴⁶⁰, welchem zufolge intentional kommunizierte Sinngehalte oftmals nicht mit der Bedeutung der Semantik einer getätigten Äußerung übereinstimmen.⁴⁶¹ Neben der *expliziten Vermittlung* von Sinngehalten, welche inhaltlich direkt auf den verwendeten semantischen Bedeutungen aufbaut, ist die zwischenmenschliche Kommunikation auch von der *impliziten Vermittlung* von Sinngehalten geprägt. Hierbei wird der kommunizierte Sinngehalt einer Äußerung auf indirekte Weise, basierend auf dem Gebrauch pragmatischer Indizien, vermittelt.

⁴⁵⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre² 348.

⁴⁶⁰ Näheres dazu oben bei B.V.2.

⁴⁶¹ Carston, Thoughts 16 ff.

Insbesondere stellt der implizit kommunizierte Sinngehalt einer sprachlichen Äußerung keine Derivation verwendeter semantischer Bedeutungen dar.⁴⁶²

Zentral für den Begriff der semantischen Lücke ist demnach das Konzept der impliziten Kommunikation. Eingeschlossen in jenes Konzept ist nicht bloß die Möglichkeit der semantischen Verkürzung eines Ausdruckes, sondern auch die Möglichkeit der *überschießenden* Verwendung semantischer Bedeutungen.⁴⁶³ Im Falle der rechtlichen Kommunikation geht es hierbei um die Möglichkeit, dass ein „Rechtsetzer ‚weniger‘ wollte als er semantisch zum Ausdruck gebracht hat“⁴⁶⁴. Beide Arten der impliziten Kommunikation, sowohl die verkürzte als auch die überschießende Ausdrucksweise, führen jedoch zur semantischen Unterdeterminierung eines Ausdruckes.

Die semantische Lücke erfüllt einen wichtigen Zweck im Hinblick auf die begriffliche Erfassung des Phänomens der impliziten Kommunikation durch den Rechtsetzer. Er verweist darauf, dass bei der Auslegung einer Rechtsvorschrift pragmatische Indizien berücksichtigt werden müssen, um Diskrepanzen zwischen semantischer Bedeutung und normativem Gehalt aufzulösen. Insbesondere angesichts der grundlegenden Notwendigkeit einer klaren und einheitlich verständlichen Gesetzgebung vermittelt er, dass in Fällen der vermutlichen Existenz einer semantischen Lücke besondere interpretative Sorgfalt geboten ist. Auf pragmatische Anhaltspunkte gestützte Auslegungsergebnisse sollten entsprechend gut begründet sein.

C. Die rechtliche Analogie

1. Sprachgebrauch

Der Begriff der Analogie geht auf das griechische Wort „*analogia*“ zurück, welches ursprünglich ein proportionales, also übereinstimmendes Verhältnis mehrerer Phänomene zueinander bezeichnet.⁴⁶⁵ Diese klassische Verwendungsweise des Analogiebegriffes findet sich bereits bei den griechischen Philosophen wieder. In der pythagoreischen Mathematik

⁴⁶² Näheres dazu oben bei B.V.2.b.

⁴⁶³ Potacs, Rechtstheorie² 207 ff.

⁴⁶⁴ Potacs, Rechtstheorie² 207.

⁴⁶⁵ *Analogie*, in Wolfgang Pfeifer et al (Hrsg), Etymologisches Wörterbuch des Deutschen (1993) <<https://www.dwds.de/wb/etymwb/Analogie>>.

steht „*analogia*“ für ein gleichmäßiges Verhältnis mehrerer Zahlen.⁴⁶⁶ Diese spezifische Bedeutung verliert jedoch in der Zeit nach Aristoteles zunehmend an Präzision und der Begriff erhält eine allgemeinere Bedeutung. Fortan wird unter der Analogie ein spezifisches Denk- und Argumentationsverfahren verstanden, bei dem von einander entsprechenden oder ähnlichen Phänomenen auf ein unbekanntes oder zuvor unklar gewesenes Phänomen geschlossen wird.⁴⁶⁷

Im Mittelalter differenziert sich der Begriff Analogie weiter aus und wird mit mehreren inhaltlich unabhängigen Bedeutungen versehen. Während Logiker weiterhin an der klassischen Bedeutung der Proportion und der Verhältnismäßigkeit festhalten, versteht die Theologie unter der Analogie die Möglichkeit des Menschen, sinnvoll über göttliche Attribute zu sprechen.⁴⁶⁸ In der neuzeitlichen Philosophie setzt sich schließlich die argumentbezogene Sichtweise des Analogiebegriffs durch.⁴⁶⁹

In der kontemporären Gemeinsprache bezeichnet der Analogiebegriff zumeist einen argumentativen *Vergleich* zwischen zwei oder mehreren Phänomenen.⁴⁷⁰ Dabei wird eine Analogie als eine „besondere Art von Ähnlichkeit“⁴⁷¹ zwischen zwei oder mehreren Begebenheiten angesehen, die es ermöglicht, bestimmte Schlussfolgerungen auf etwas Unbekanntes zu ziehen.⁴⁷²

2. Theoriegeschichte

Schon für Aristoteles spielt das Phänomen der Analogie in einigen Bereichen seiner Philosophie eine Rolle. So stellt für diesen das Prinzip der proportionalen Analogie eine wichtige Methode bei der Definition von Begriffen dar. Der Begriff der Gerechtigkeit etwa

⁴⁶⁶ Kluxen/Remane, Analogie, in Ritter (Hrsg), Historisches Wörterbuch der Philosophie (1971) <https://www.schwabeonline.ch/schwabexaveropp/elibrary/start.xav?start=%2F%2F*%5B@attr_id%3D%27hwph_productpage%27%5D#__elibrary__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27hwph_productpage%27%5D_1742809204278> Punkt I. 1.

⁴⁶⁷ Kluxen/Remane in Ritter Punkt I.4.

⁴⁶⁸ Ashworth/D'Ettore, Medieval Theories of Analogy, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2021) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/analogy-medieval/>> Punkt 3.

⁴⁶⁹ Kluxen/Remane in Ritter Punkt I.9.

⁴⁷⁰ Siehe *Analogie*, in Duden online (2025) <<https://www.duden.de/node/5871/revision/1358546>>: „etwas in Analogie zu etwas Anderem beurteilen“.

⁴⁷¹ Langhein, Das Prinzip der Analogie als juristische Methode: Ein Beitrag zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert (1992) 15.

⁴⁷² Bartha in Zalta.

kann durch die Ermittlung einer proportionalen Mitte bei der Verteilung von Ressourcen auf Personen verschiedenen Ranges bestimmt werden.⁴⁷³

Auch ist Aristoteles die argumentationstheoretische Analogie bekannt. In seiner Rhetorik stellt die exemplarische und vergleichsbezogene Argumentation ein wichtiger Bezugspunkt dar. Der argumentative Vergleich begründet, neben dem syllogistischen Enthymem (ein Argument mit implizit vorausgesetzten Prämissen), eine der Grundformen rhetorischer Mittel.⁴⁷⁴ Formallogisch ordnet er die vergleichsbezogene Argumentation der Kategorie der „rhetorischen Induktion“ zu.⁴⁷⁵

Darüber hinaus kommentiert Aristoteles das Problem lückenhafter Gesetze und verweist auf die damit verbundene Notwendigkeit einer spezifischen Argumentationsweise. Er stellt fest, dass „jedes Gesetz allgemein ist und bei manchen Dingen richtige Bestimmungen durch ein allgemeines Gesetz sich nicht geben lassen“⁴⁷⁶. Aufgrund der „Natur der Sache“⁴⁷⁷ lasse sich über gewisse Sachverhalte kein allgemeines Gesetz erlassen, sodass das „Unbestimmte [...] auch ein unbestimmtes Richtmaß“⁴⁷⁸ verlange. In solchen Fällen sei es daher geboten, „das Versäumte zu verbessern, wie es auch der Gesetzgeber selbst, wenn er den Fall vor sich hätte, [...] bestimmt haben würde“⁴⁷⁹.

Immer mehr Kontur als eigenständige juristische Methode gewinnt die *rechtliche Analogie* im römischen Recht. Während das ältere römische Recht zunächst von einem strengen Formalismus mit einer „ängstliche[n] Wortinterpretation“⁴⁸⁰ geprägt ist, beginnt mit dem Ende der Republik eine Abkehr vom Wortlaut zugunsten des gesetzgeberischen

⁴⁷³ Kluxen/Remane in Ritter Punkt I.2.

⁴⁷⁴ Aristoteles, Rhetoric 2.20.1. ff, in Freese (Übersetzer), Aristotle in 23 Volumes, Vol. 22 (1926) <<https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0060>>.

⁴⁷⁵ Aristoteles, Rhetoric 1.2.8. in Freese.

⁴⁷⁶ Aristoteles, Nikomachische Ethik V.14. in Rolfes (Übersetzer) (1921) <<https://www.textlog.de/aristoteles-ethik.html>>.

⁴⁷⁷ Aristoteles, Nikomachische Ethik V.14. in Rolfes.

⁴⁷⁸ Aristoteles, Nikomachische Ethik V.14. in Rolfes.

⁴⁷⁹ Aristoteles, Nikomachische Ethik V.14. in Rolfes; Zu der einschlägigen Passage siehe auch Potacs, Rechtstheorie³ 225.

⁴⁸⁰ Honsell, Römisches Recht⁸ (2015) 26.

Willens und der dahinterstehenden Ratio.⁴⁸¹ Entscheidenden Einfluss auf diese Entwicklung hatte die griechische Rhetorik und Argumentationstheorie.⁴⁸²

Der eigentliche Ausdruck „Analogie“ findet im rechtlichen Vokabular der klassischen römischen Juristen zwar noch keine Anwendung, doch war diesen das Konzept in Form der sogenannten „ratiocinatio“⁴⁸³ bekannt. Diese stellte eine „Alternative [zur] strikter, den Sinn missachtender Anwendung“ dar und sollte die „ratio-basierte Anpassung der Gesetze“⁴⁸⁴ fördern.⁴⁸⁵

Auch findet die lückenhafte Eigenart des geschriebenen Gesetzes Erwähnung bei den römischen Juristen. Cicero weist etwa darauf hin, dass „in vielen Gesetzen [...] vieles ausgelassen [ist], was deshalb niemand als fehlend betrachtet, weil es sich aus den übrigen Bestimmungen erschließen lässt“⁴⁸⁶. In den Digesten heißt es entsprechend, dass „weder Gesetze noch Senatsbeschlüsse [...] so gefasst werden [können], dass sie alle Fälle, die eintreten können, erfassen. Es genügt aber, dass sie jene Fälle erfassen, die am häufigsten sind“⁴⁸⁷.

Ausdrückliche Erwähnungen des Begriffes der „analogischen Interpretation“ innerhalb der Juristerei finden sich erst bei dem Rechtswissenschaftler Joachim Hopper (1523-1576) wieder. Dieser will den Analogiebegriff als besondere Form der systematischen Interpretation prägen, wobei er sich damit aber nicht durchsetzt.⁴⁸⁸

Maßgeblichen Einfluss auf das moderne Verständnis der rechtlichen Analogie haben vielmehr frühneuzeitliche Anhänger der Topik. Als damalige „Hauptdisziplin der juristischen Methodenlehre“, versteht sich die Topik als Lehre von den „Fundorten (*topoi*,

⁴⁸¹ Baade, The casus omissus: A Pre-History of Statutory Analogy, *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 20 (1994) 46.

⁴⁸² Coing, Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 1952, 24 (29, 33); Honsell, *Römisches Recht*⁸ 26-27.

⁴⁸³ Honsell, Die rhetorischen Wurzeln der juristischen Auslegung, *ZfPW* 2016, 105 (117).

⁴⁸⁴ Honsell, *ZfPW* 2016, 117.

⁴⁸⁵ Honsell, *ZfPW* 2016, 116 ff; Vgl dazu auch Kalidova, Juristische Rhetorik: Systematische, historische und interdisziplinäre Aspekte der forensischen Beredsamkeit, in Lerch (Hrsg): *Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts* (2011) 321 (332).

⁴⁸⁶ Cicero, *De Inventione*, 2.151 zitiert nach und übersetzt von Honsell, *ZfPW* 2016, 118.

⁴⁸⁷ Julian, *Digesten*, 1.3.10 zitiert nach und übersetzt von Honsell, *ZfPW* 2016, 118.

⁴⁸⁸ Schröder, *Wissenschaft* 95-96; Ziel der der damaligen „analogischen Interpretation“ ist es das Recht als gesamtheitliche Einheit zu erfassen. Dazu etwa äußert Schröder, Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit: Dem Andenken Hermann Ditchers (1927-1996) gewidmet, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung* 2013, 1 (13), dass die „analogische Interpretation“ „die Harmonisierung eines Inbegriffs von rechtlichen Vorschriften“ bezweckte.

loci) für Argumentationen [kursiv im Original]⁴⁸⁹. Als eine zentrale Argumentationsfigur wird der Ähnlichkeitsschluss, der sogenannte „locus a simili“, angesehen, dessen Zweck aus der Begründung einer „wesentlichen Ähnlichkeit“⁴⁹⁰ bzw. einer „Gleichheit der *ratio* [kursiv im Original]“ zweier rechtlich relevanter Fälle besteht. Der juristische Ähnlichkeitsschluss wird in der Topik verwendet, um „ein Gesetz über den möglichen Wortsinn hinaus“ auszulegen, sofern dies durch die „*ratio* des Gesetzes [kursiv im Original]“⁴⁹¹ geboten ist. Der locus a simili gilt in diesem Sinne als ein Mittel der extensiven Interpretation.⁴⁹² Rechtliche Analogie und extensive Interpretation werden somit als Einheit betrachtet. Jan Schröder spricht in diesem Zusammenhang von einer „Gleichsetzung von Ähnlichkeitsschluß [sic!] (*simile*-Argument) und ausdehnender Interpretation [kursiv im Original]“⁴⁹³.

In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts wird der Ausdruck „locus a-simili“ durch den Begriff der rechtlichen Analogie (*analogia iuris*) ersetzt.⁴⁹⁴ Die Einordnung der Analogie als Form extensiver Interpretation bleibt jedoch über das 18. Jahrhundert hinweg weitgehend bestehen.⁴⁹⁵

Erst mit der historischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts tritt ein grundlegender perspektivischer Wandel ein. Innerhalb der historisch-kritischen Methode findet die extensive Interpretation keinen Raum, da nunmehr die sprachlichen Aussagen des Gesetzgebers als objektivierter Wille angesehen werden. Infolgedessen beschränkt sich die Auslegung auf den möglichen Wortsinn des Gesetzes.⁴⁹⁶ Die rechtliche Analogie dient nun dazu, Lücken des durch den Wortlaut objektivierten positiven Rechts zu schließen, indem sie auf aus dem Rechtssystem abgeleitete Regeln und Prinzipien zurückgreift.⁴⁹⁷

Im 20. Jahrhundert intensiviert sich schließlich die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem Phänomen der Rechtslücke. Deren Feststellung wird zu einer

⁴⁸⁹ Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 4.

⁴⁹⁰ Schröder, Wissenschaft 44.

⁴⁹¹ Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 8-9.

⁴⁹² Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 8 ff; Siehe auch Schröder, Wissenschaft 46-47.

⁴⁹³ Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 10.

⁴⁹⁴ Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 20-22.

⁴⁹⁵ Langhein, Analogie 204; Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 23.

⁴⁹⁶ Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 35-37.

⁴⁹⁷ Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 43-45.

notwendigen methodischen Voraussetzung für die Anwendung des rechtlichen Analogieschlusses. Die Diskussion um die geeignete theoretische Einordnung der Rechtslücke und des Verfahrens ihrer Identifizierung überschattet die methodische Bewertung der rechtlichen Analogie als eigenständige juristische Methode.⁴⁹⁸ Rechtswissenschaftliche Theorien über die rechtliche Analogie werden seither primär aus der Perspektive der Lückenschließung entwickelt.⁴⁹⁹

3. Begriffliche Kriterien

a. Relevante Ähnlichkeit

Viele rechtswissenschaftliche Ansätze zum Begriff der rechtlichen Analogie betrachten diese als eine enge Verwandte des analogischen Arguments. In diesem Zusammenhang wird angenommen, dass der Inhalt rechtlicher Analogien im Wesentlichen aus der Herleitung einer analogischen Konklusion aufgrund der Annahme einer relevanten Ähnlichkeit zweier rechtlicher Phänomene besteht. Walter definiert den Analogieschluss daher als „die Anwendung bestimmter Rechtsvorschriften auf ähnlich gelagerte Sachverhalte“⁵⁰⁰.

Eine ausführlichere Darstellung des Inhaltes und der Struktur rechtlicher Analogieschlüsse liefert Bäcker:

„Als Analogie wird eine Gleichstellung zweier verschiedener Tatbestände aufgrund von Ähnlichkeit bezeichnet. Mit ihr wird eine in einer Rechtsnorm N für den Tatbestand T angeordnete Rechtsfolge R auch für einen (leicht) abweichenden Tatbestand T' anwendbar. Gekennzeichnet ist die Anwendungssituation der Analogie dadurch, dass T' zwar zunächst von N nicht umfasst ist, wohl aber T so ähnlich ist, dass T' auch von N erfasst sein müsste oder sollte. T' wird dann anhand des sog. Analogieschlusses alternativ zu T der Rechtsnorm N hinzugefügt, die Norm N also um den Tatbestand T' erweitert.“⁵⁰¹

Rechtliche Analogieschlüsse dienen diesem Verständnis zufolge der Rechtfertigung, eine rechtliche Norm auch auf einen ähnlichen, aber zunächst nicht sie subsumierbaren

⁴⁹⁸ Langhein, Analogie 207-208.

⁴⁹⁹ Vgl. Kramer, Methodenlehre⁶ 226: „Das wichtigste Mittel zur Füllung offener Gesetzeslücken ist [...] zweifellos der Analogieschluss.“

⁵⁰⁰ Walter, Bundesverfassungsrecht 94.

⁵⁰¹ Bäcker, Der Staat 2021, 8; Ähnlich Larenz/Canaris, Methodenlehre³ 202: „Unter Analogie verstehen wir die Übertragung der für einen Tatbestand (A) oder für mehrere, untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm ‚ähnlichen‘ Tatbestand (B).“

Sachverhalt anzuwenden.⁵⁰² Unter Beachtung der an vorheriger Stelle⁵⁰³ ausgearbeiteten Definition eines analogischen Schlusses und unter Bezugnahme auf die Formulierungen Walters sowie Bäckers kann, prima facie, ein auf dem analogischen Schluss basierender rechtlicher Analogieschluss wie folgt (vereinfacht) dargestellt werden:

1. SV_1 fällt unter N.
2. SV_2 fällt nicht unter N, sondern fällt in den Bereich einer Rechtslücke.
3. SV_2 ist SV_1 bezüglich relevanter Eigenschaften gleich (ähnlich).
4. Schlussfolgerung: N ist analog auf SV_2 anwendbar (SV_2 fällt per analogiam unter N).⁵⁰⁴

Sachverhalt₁ kann hierbei als Analogiebasis bezeichnet werden. Sachverhalt₂ ist das Analogieziel, bei dem versucht wird, eine weitere, zunächst nicht vorhandene Eigenschaft nachzuweisen. Von SV_1 und SV_2 wird nun in Prämisse (3) behauptet, dass sie eine relevante Ähnlichkeit aufweisen, obwohl sie sich zunächst hinsichtlich ihrer Fähigkeit, unter die Norm N subsumiert zu werden, unterscheiden. Die Schlussfolgerung mindert in weiterer Folge diesen Subsumierbarkeitsunterschied und behauptet, dass SV_2 aufgrund seiner relevanten Ähnlichkeit zu SV_1 per analogiam unter die Norm N fällt bzw., dass die Norm analog auf SV_2 anwendbar ist.

Brewers Strukturtheorie des analogischen Schlusses zufolge ist dem vorgeschlagenen Argumentationsschema eine Prämisse hinzuzufügen, welche die Schlussfolgerung des rechtlichen Analogieschlusses rechtfertigt.⁵⁰⁵ Jene Regel muss möglichst genau festlegen, welche Ähnlichkeit der verglichenen Sachverhalte als relevant zu bewerten ist, und daraufhin auch festlegen, dass durch die Existenz jener relevanten Ähnlichkeit die Schlussfolgerung der analogen Anwendung der Norm N gezogen werden darf. Das obige Schema ist demnach wie folgt zu ergänzen:

1. SV_1 fällt unter N.
2. SV_2 fällt nicht unter N, sondern fällt in den Bereich einer Rechtslücke.

⁵⁰² Hage, *The Logic of Analogy in the Law, Argumentation* 19 (2005) 401 (406); Kramer, *Juristische Methodenlehre*⁶ 229; Macagno/Walton, *Argument from Analogy in Law, The Classical Tradition, and Recent Theories, Philosophy & Rethoric* 42 (2009) 154 (154-155); Peczenik, *On Law and Reason* 392.

⁵⁰³ Siehe dazu oben II.C.5.

⁵⁰⁴ Hinzugezogen wurde zudem Weinberger, *Norm* 197.

⁵⁰⁵ Brewer, *Harvard Law Review* 109 (1996) 968, nennt jene Regel die „analogy warranting rule“ oder kurz „AWR“.

3. SV_2 ist SV_1 bezüglich den Eigenschaften F und G gleich (ähnlich).
4. Regel: Alle SV mit den Eigenschaften F und G fallen, zumindest per analogiam, unter N.
5. Schlussfolgerung: N ist analog auf SV_2 anwendbar (SV_2 fällt per analogiam unter N

Das Kriterium der relevanten Ähnlichkeit und die damit einhergehende weitgehende Gleichsetzung der rechtlichen Analogie mit dem analogischen Schluss ist jedoch mit Blick auf die einschlägige rechtswissenschaftliche Literatur differenziert zu betrachten. Viele methodologische Ansätze verwenden den Begriff der rechtlichen Analogie in einem weiten Sinn, welcher die Notwendigkeit der Existenz einer relevanten Ähnlichkeit zurückdrängt und die Vornahme eines analogischen Schlusses als nicht notwendiges Merkmal der rechtlichen Analogie ansieht.⁵⁰⁶ Die zwei weiteren zu behandelnden Kriterien der *Überschreitung des Wortlauts* einer Rechtsvorschrift und der *Schließung einer Rechtslücke* stoßen auf eine weitaus breitere Zustimmung hinsichtlich ihrer Zugehörigkeit zum Begriffskern der rechtlichen Analogie.

b. Überschreitung des Wortlauts

Nach herrschender Auffassung zielt ein rechtlicher Analogieschluss darauf ab, die Anwendung einer Rechtsvorschrift über ihren üblichen Wortsinn (ihre Semantik) hinaus zu rechtfertigen.⁵⁰⁷ Der rechtliche Analogieschluss ist also eine Argumentationsfigur, die sich mit der Erschließung normativer Inhalte jenseits der Semantik einer Rechtsvorschrift befasst.⁵⁰⁸ Alexy und Dreier bezeichnen die Überschreitung des üblichen Wortsinnes als das grundlegendste und am weitesten akzeptierte Kriterium lückenfüllender Argumente im

⁵⁰⁶ Walton/Macagno/Sartor, Statutory Interpretation: Pragmatics and Interpretation (2020) 218.

⁵⁰⁷ Vgl. Koziol/Welser/Kletecka, Grundriss des bürgerlichen Rechts: Band I¹⁴ (2015) 26.

⁵⁰⁸ P. Bydlinski, Einleitung. Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt. §§ 1-14, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) 1 (11): „Analogie ist die über den Wortlaut hinausgehende Anwendung von Rechtsnormen [...]“; Canale/Tuzet, Analogical reasoning and extensive Interpretation, in Kaptein/Velden, Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse (2018) 65 (65,71); Grabau, Normen 87: „Der mögliche Wortlaut bildet demnach die Grenze der Auslegung. Was darüber hinausgeht, erfolgt als Analogie zu der bestehenden Regelung.“; Höpfel, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JBl 1979, 505 (514 f); Kaptein, Analogy and E Contrario, The Facts - Pet Issues of Perpetration, Damage and Damages, in Kloosterhuis/Plug/Smith (Hrsg.), Legal argumentation and the rule of law (2016) 79 (79): „Legal reasoning by analogy is indeed generally interpreted as rule application beyond literal meaning or even at odds with literal meaning.“; Kramer, Methodenlehre⁶ 229: „Der zu beurteilende Sachverhalt wird nach dem Modell einer gesetzlichen Vorschrift beurteilt, obwohl er vom Wortsinn dieser Regelung nicht erfasst wird.“; Es gibt auch Meinungen, welche die Überschreitung des Wortlautes nicht als maßgebliches Merkmal des rechtlichen Analogieschlusses ansehen. Siehe etwa Reimer, Methodenlehre² 253, für welchen die Analogie eine Überschreitung des „Regelungsgehaltes der Norm“ darstellt, welcher sich wiederum aus „der erkennbaren Entscheidung des Normsetzers“ ergibt.

deutschsprachigen Raum.⁵⁰⁹ Auch Engisch betont in diesem Zusammenhang, dass die „Grenze zwischen ‚Auslegung‘ und ‚Analogie‘ [...] bekanntlich von dem nicht immer eindeutigen ‚Wortsinn‘ abhängig ist“⁵¹⁰. Hemke fasst diese Sichtweise prägnant zusammen:

„Als Analogiebildung kann man [...] ein Verfahren bezeichnen, das Fälle mit Gesetzen in Verbindung bringt, die deren Wortsinn übersteigen.“⁵¹¹

Auch in der österreichischen Rechtswissenschaft, die insbesondere im Zivilrecht stark von Franz Bydlinskis Verständnis der Analogie geprägt ist, wird die Überschreitung des üblichen Wortsinnes als zentrales Ziel des rechtlichen Analogieschlusses angesehen.⁵¹²

Nicht zuletzt zeigt auch der von Potacs vertretene kommunikationstheoretische Ansatz, dass ein rechtlicher Analogieschluss in der wortsinnüberschreitenden Anwendung von Rechtsvorschriften besteht. Potacs formuliert dies wie folgt:

„Unter einer Analogie wird die Anwendung einer Rechtsvorschrift auf einen von ihrem semantischen Sinngehalt (insbesondere von ihrem üblichen Wortsinn) nicht mehr erfassten Sachverhalt verstanden.“⁵¹³

⁵⁰⁹ Alexy/Dreier, Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany, in MacCormick/Summers (Hrsg.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (1991) 73 (78): „The most elementary and most widely accepted criterion to distinguish gap-filling from interpretation is the possible meaning of the terms in which a norm is stated.“; Vgl auch *Beaucamp*, Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht, AöR 2009, 83 (84); *Schmidt*, VerwArch 2006, 141.

⁵¹⁰ Engisch in FS Sauer 88.

⁵¹¹ Hemke, Analogiebildung 58-59.

⁵¹² F. Bydlinski, Methodenlehre² 468: „Nach der - auch hier vertretenen - herrschenden Auffassung endet die Möglichkeit der Interpretation beim weitesten nach dem Sprachgebrauch noch ‚möglichen Wortsinn‘ der gesetzlichen Normen, während darüber hinaus unter Umständen die Analogie eingreift.“; Siehe etwa Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar³ §§ 6 & 7 Rz 40: „Als Analogie bezeichnet man rechtliche Lösungen, die keine Stütze im Wortlaut der geltenden Gesetze vorzuweisen vermögen.“; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 7 Rz 16: „§ 7 greift daher erst dann, wenn eine Subsumtion unter den äußersten mögl. Wortsinn nicht möglich ist, jedoch [...] von Rechts wegen einer Beurteilung bedarf.“; Koziol/Welser/Kletecka, Grundriss¹⁴ 31: „Hier wird die für einen bestimmten Einzeltatbestand angeordnete Rechtsfolge auf einen dem Wortlaut nach nicht geregelten Sachverhalt erstreckt“; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ (2022) 11; M. Schauer in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 7 Rz 2, 4: „§ 7 ist demnach nicht anwendbar, wenn eine Subsumtion zumindest unter den äußersten Wortsinn eines Tatbestands möglich ist.“; Aber auch für die öffentlich-rechtliche Lehre stellt die Überschreitung des Wortlautes ein entscheidendes Analogiekriterium dar, siehe etwa Öhlinger, Auslegung des öffentlichen Rechts, JBl 1971, 284 (293); Rüffler, Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung? Überlegungen zur Begründung und den Grenzen des Analogieschlusses im Zivilrecht, JRP 2002, 60 (64): „Analogie ist die Anwendung einer Norm auf einen von ihrem Wortlaut, selbst bei weitest möglicher Ausdehnung des Wortsinnes, nicht erfassten Sachverhalt.“.

⁵¹³ Potacs, Rechtstheorie² 202.

Das Abweichen vom üblichen Wortsinn einer Rechtsvorschrift kann somit als *einendes Prinzip* verschiedener theoretischer Ansätze über die rechtliche Analogie verstanden werden.⁵¹⁴

c. Lückenfüllung

Die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses wird nur dann als zulässig erachtet, insofern der Nachweis der Existenz einer Rechtslücke gelingt.⁵¹⁵ Das Vorliegen einer Rechtslücke ist daher eine notwendige Voraussetzung für die Vornahme einer rechtlichen Analogie. Ganz in diesem Sinne schreibt Canaris, dass „jede Analogie das Bestehen einer Lücke [erfordert]“⁵¹⁶.

Die rechtliche Analogie dient sohin stets der Schließung einer aufgefundenen Rechtslücke. Sie ist somit begrifflich primär als ein „Mittel der Lückenschließung“⁵¹⁷ anzusehen. Den Umstand, dass die Anwendung einer rechtlichen Analogie sowohl die Auffindung als auch die Schließung einer Rechtslücke umfasst, fasst Ferdinand Kerschner treffend zusammen:

„Nach der hA in Österreich handelt es sich sowohl bei der Analogie [...] um zwei gedankliche Akte, nämlich erstens um die Feststellung einer Lücke und zweitens um die Schließung der Lücke.“⁵¹⁸

Die genauere Bestimmung sowohl der Zulässigkeit als auch der rechtstheoretischen Implikationen der Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses hängt damit zu einem großen Teil von der gewählten Bedeutung des Rechtslückenbegriffes ab. Aus diesem Grund wird im Folgenden untersucht, welchen Einfluss die Wahl eines der bereits vorgestellten

⁵¹⁴ Vgl auch *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrecht, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang Kommentar: §§ 1-43 ABGB, Methodenlehre und Personenrecht (2014) §§ 6,7 Rz 88: „Unter Analogie versteht man in einer Gruppe von MS das Anwenden einer Regelung auf einen Sachverhalt, den sie nach Wortlaut und Systematik hinreichend deutlich nicht erfasst, weil eine (planwidrige) Lücke vorliege. In anderen MS werden solche Probleme hingegen noch unter Auslegung (extensive Auslegung) verstanden.“

⁵¹⁵ Vgl etwa *Kerschner/Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar³ §§ 6 & 7 Rz 40: „Ebenso anerkannt ist, dass der Ähnlichkeitsschluss ausschließlich bei Vorliegen einer [...] Lücke [...] statthaft ist.“; *M. Schauer* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 7 Rz 4; *Schmidt*, VerwArch 2006, 142: „Nur soweit diese gesetzlichen Vorschriften eine Lücke aufweisen, kann erwogen werden, einen Analogieschluss zu ziehen.“

⁵¹⁶ *Canaris*, Lücken 25.

⁵¹⁷ *Grabau*, Normen 91.

⁵¹⁸ *Kerschner/Kisch*, Zu den gesetzlichen Grenzen der Analogie - Über dem ABGB muss die Analogie wohl grenzenlos sein! JAP 2022/2023, <<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LIjap20220404>> Punkt B.

Rechtslückenbegriffe auf die theoretische Beschreibung des rechtlichen Analogieschlusses hat.

i. Schließen von Regelungslücken

Der Begriff der Regelungslücke bezeichnet das vollständige Fehlen einer positiven Rechtsnorm innerhalb eines positiven Rechtssystems, er verweist somit auf dessen *normative Unvollständigkeit*. Festgestellt werden kann eine Regelungslücke durch den Vergleich des positiven Rechtssystems mit einem Normensystem anderer Art. Zumeist wird hierbei auf moralische oder politische Vorstellungen verwiesen.⁵¹⁹

Der Grund für die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses im Falle der Füllung einer Regelungslücke ist demnach die Erkenntnis, dass ein bestimmter Lebenssachverhalt zwar nicht mit dem Tatbestand einer positiven Rechtsnorm korrespondiert, dessen Regelung jedoch von einem Normensystem anderer Art verlangt wird. Demgemäß meint Würdinger, dass der „Ausgangspunkt eines Analogieschlusses [...] oftmals der gescheiterte Subsumtionsversuch [ist]: Ein konkret zu beurteilender Rechtsfall kann nicht unter den Tatbestand einer abstrakten Rechtsnorm subsumiert werden“⁵²⁰.

Da die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses bei Vorliegen einer Regelungslücke der Anwendung einer Rechtsvorschrift auf einen *nicht geregelten* Sachverhalt dient, führt sie im Ergebnis zu einer *normativen Ergänzung* des Rechts.⁵²¹ Im Falle der Anwendung einer rechtlichen Analogie wird sohin tatsächlich „eine neue Norm [...] gebildet“⁵²². In diesem Sinne bezeichnet Bäcker die Schließung von Regelungslücken als einen Vorgang bei dem „das Gesagte und Gewollte um das Gesollte ergänzt“⁵²³ wird.

Auch Weinbergers Meinung zufolge kann der rechtliche Analogieschluss zu der Gewinnung einer vormals nicht vorhandenen positiven Rechtsnorm herangezogen werden:

⁵¹⁹ Für die Wertungsjurisprudenz stellt die Existenz einer Regelungslücke keine normative Unvollständigkeit eines Rechtssystems dar. Vielmehr kommt in jenen Fällen die unmittelbare Geltung inhärenter Rechtsprinzipien zum Tragen.

⁵²⁰ Würdinger, Die Analogiefähigkeit von Normen. Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmenvorschriften und deklaratorische Normen, AcP 2006, 946 (948).

⁵²¹ F. Bydlinski, Methodenlehre² 246, meint sohin, dass es eine begriffliche Voraussetzung der unechten Lücke (also der Regelungslücke) ist, „daß [sic!] ein Rechtsfall ohne Ergänzung des Gesetzes rechtlich [...] nicht beurteilt werden kann.“

⁵²² Bäcker, Der Staat 2021, 29; Siehe auch Canale/Tuzet in Kaptein/ van der Velden 69.

⁵²³ Bäcker, Der Staat 2021, 29.

“Wenn eine rechtliche Situation gegeben ist, deren Lösung durch Subsumtion unter die Rechtsvorschriften nicht gefunden werden kann, aber Bestimmungen für ähnliche Situationen vorliegen, versucht man aus dieser Ähnlichkeit eine normative Bestimmung des unregelten Falles zu gewinnen.“⁵²⁴

Wird die rechtliche Analogie als Vorgang verstanden, der einer Ergänzung des positiven Rechts durch eine neue Norm entspricht, so ist sie nicht als interpretatives Verfahren zu qualifizieren. Aus diesem Grund schreibt Beaucamp, dass die rechtliche Analogie „Rechtsfolgen auf Sachverhalte erstreckt, die der gesetzliche Tatbestand weder ausdrücklich noch nach Interpretation erfasst.“⁵²⁵

Die Anwendung einer rechtlichen Analogie bei der Schließung einer Regelungslücke setzt vielmehr voraus, dass die Interpretation der *prima facie* einschlägigen Rechtsvorschriften bereits abgeschlossen ist und sich daraus ergeben hat, dass der einschlägige Sachverhalt nicht unter eine bestehende bzw. geltende positive Rechtsnorm subsumiert werden kann.⁵²⁶

Versteht man die rechtliche Analogie in diesem Sinne, so ist sie ein Verfahren der „Rechtsschöpfung“⁵²⁷. Aus Sicht des positiven Rechts stellt sich bei der Anwendung einer solch rechtsschöpferischen Analogie stets die Frage, inwieweit eine erforderliche Rechtsetzungsermächtigung „an das zur Rechtsanwendung berufene Organ“⁵²⁸ übertragen worden ist. Ausgehend vom in der österreichischen Rechtsordnung durch Art. 18 B-VG ausdrücklich verankerten Legalitätsprinzip wird die methodische Zulässigkeit der rechtsschöpferischen Analogie von einigen Rechtswissenschaftlern kritisch hinterfragt.⁵²⁹

⁵²⁴ Weinberger, Norm 196; Dazu ähnlich Zippelius, Methodenlehre¹¹ 55, welcher im Analogieschluss die Anwendung von „gesetzlich geregelten“ Fällen auf „gesetzlich nicht geregelte“ Fälle sieht.

⁵²⁵ Vgl. Beaucamp, AöR 2009, 83.

⁵²⁶ Walton/Macagno/Sartor, Interpretation 218; Jakab, Methoden 190, kommt sohin zu dem Schluss, dass „die Analogie [...] **keine Auslegungsmethode** [ist], sondern ein Argument über die Anwendung einer Norm (die natürlich auch selbst interpretiert werden muss, um angewendet werden zu können), die eigentlich im gegebenen Fall nicht einschlägig ist [hervorgehoben im Original]“. Er beschreibt das Ergebnis der Anwendung einer rechtlichen Analogie demnach wie folgt: „Es entsteht nach dem Vorbild einer bereits existierenden Norm eine neue Norm.“.

⁵²⁷ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss¹¹ 71-72.

⁵²⁸ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss¹¹ 71-72.

⁵²⁹ Siehe etwa Pacic, Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht (2013) 153, welcher diesbezüglich die Position Kelsens übernimmt und anmerkt, dass menschliche Verhaltensweisen, die auf keine Weise rechtlich geregelt seien aus rechtlicher Sicht zugleich frei seien; Dazu auch Jakab, Methoden 190-191: „Der Einsatz der Analogie kann **begründete Zweifel** hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit erzeugen, da die angewendete Norm bekanntlich im gegebenen Fall nicht einschlägig ist [hervorgehoben im Original].“; Vgl. auch Potacs,

ii. Schließen von technischen Lücken

Der Begriff der technischen Lücke bezeichnet verschiedene Arten der Unbestimmtheit von Rechtsvorschriften. An vorheriger Stelle wurden dabei die Eigenschaften der Generalität, der logischen Unanwendbarkeit, der Ambiguität und der Vagheit voneinander unterschieden.

Wie verhält sich nun das Konzept der technischen Lücke zum rechtlichen Analogieschluss? Walter zufolge ist in Fällen der Anwendung unbestimmter Rechtsnormen das „zur Anwendung dieser Norm berufene[n] Organ“ zur „nähere[n] Bestimmung“⁵³⁰ ebenjener unbestimmten Norm berufen. Im Sinne einer „grundsätzlichen Orientiertheit am positiven Recht“ soll dieses Organ „unter Bedachtnahme auf ähnliche, vielleicht bestimmtere Regeln der Rechtsordnung“⁵³¹ agieren. Bei der Schließung einer technischen Lücke, so Walter, trifft das ermächtigte Organ sohin „innerhalb der Unbestimmtheitsrelation [...] eine Entscheidung“⁵³². Erfolgt die Schließung einer technischen Lücke durch einen rechtlichen Analogieschluss, so wird eine Rechtsnorm mit einem unbestimmten Anwendungsbereich durch das rechtlich ermächtigte Organ entsprechend näher spezifiziert.

Rüffler zufolge zeigt dieses Verständnis der Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse bei der Schließung technischer Lücken, dass sich dieser „nicht vom Kernbereich der Rechtsanwendung [unterscheidet]“⁵³³. Folglich lässt sich der rechtliche Analogieschluss in diesem Zusammenhang „nicht von der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie Generalklauseln oder Ermessensleitlinien“⁵³⁴ abgrenzen.

Rechtstheorie² 203-204; Die methodische Relevanz einer Regelungslücke in Form einer sogenannten rechtspolitische Lücke wird von der herrschenden Lehre einhellig abgelehnt. Siehe dazu etwa *Kehrer*, Methodik 97: „Unbestritten ist heute, dass eine Lücke nicht schon deshalb angenommen werden darf, weil eine solche dem Richter oder einem Vertreter der Wissenschaft subjektiv als wünschenswert erscheint (,rechtspolitische Lücke‘).“; *M. Schauer* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 7 Rz 8: „Niemals darf deshalb der Rechtsanwender seine subjektiven Wertvorstellungen oder rechtspolitischen Wünsche an die Stelle des objektiven Sinns des Gesetzes setzen.“; Vgl auch *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 473, der die methodische Relevanz rechtspolitischer Lücken kritisiert, da seiner Meinung zufolge jegliche „rechtliche Beurteilung tunlichst nach festen und generellen Kriterien erfolgen muß [sic!], um Gleichbehandlung gleicher Fälle und Voraussehbarkeit der Entscheidung so weit als eben möglich zu sichern.“.

⁵³⁰ *Walter* in GS Ringhofer 201.

⁵³¹ *Walter* in GS Ringhofer 202.

⁵³² *Walter* in GS Ringhofer 202.

⁵³³ *Rüffler*, JRP 2002, 69.

⁵³⁴ *Rüffler*, JRP 2002, 69; Vgl auch *Potacs*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, in Torggler/Kodek et al (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 63 (75): „Die analoge Heranziehung von anderen Bestimmungen zur Lückenfüllung bewegt sich hier ebenso wie die Bedachtnahme auf allgemeine Rechtsgrundsätze im Rahmen der Semantik und damit des möglichen Wortsinnes.“.

Bei der Schließung technischer Lücken durch einen rechtlichen Analogieschluss geht es im Kern um die „Konkretisierung“⁵³⁵ des Anwendungsbereiches einer unbestimmten Rechtsnorm, indem man sich an einer inhaltlich ähnlichen Rechtsnorm orientiert. Anders als bei der Schließung von Regelungslücken wird dabei jedoch nicht zwingend eine neue positive Rechtsnorm geschaffen. Der zulässige Anwendungsbereich der einschlägigen, unbestimmten Norm sowie ihr ausdrücklicher Wortsinn wird in der Regel nicht überschritten. Die Anwendung rechtlicher Analogien auf technische Lücken dient somit vielmehr als sinnvolle *Heuristik* für den Umgang mit weit gefassten, ungenauen oder gar sinnwidrigen Normtexten.

iii. Schließen von semantischen Lücken

Der Begriff der semantischen Lücke bezieht sich auf das Phänomen der „*semantisch verkürzten* Ausdrucksweise“⁵³⁶ eines Rechtsetzers. Eine semantische Lücke entsteht demnach, wenn „das vom Gesetzgeber Gewollte über das von ihm Gesagte hinausreicht“⁵³⁷. Unter den Begriff der semantischen Lücke fallen somit jegliche durch einen Rechtsetzer indirekt kommunizierte Sinngehalte. Indirekt kommunizierte Sinngehalte stellen, im Gegensatz zu direkt kommunizierten Sinngehalten, keine unmittelbare inhaltliche Derivation der Semantik einer Rechtsvorschrift dar, sondern basieren ausschließlich auf dem Gebrauch pragmatischer Indizien.⁵³⁸

Die Schließung einer semantischen Lücke durch einen rechtlichen Analogieschluss ist, wie Rill hervorhebt, „eine prinzipiell gegenstandsadäquate Methode der Rechtsgewinnung [...], weil es sich dabei um eine Sinnermittlung handelt, wie sie auch sonst im Rahmen zwischenmenschlicher Kommunikation [...] vorgenommen wird“⁵³⁹. Da der Analogieschluss als „gängige Technik in der allgemeinen zwischenmenschlichen Kommunikation“ verstanden wird, „ist nicht einzusehen, warum er nicht auch im Kommunikationsprozeß [sic!] zwischen Gesetzgeber und Normadressaten (Rechtsanwender) [ein] gebotenes Mittel der Rechtsgewinnung sein soll.“⁵⁴⁰

⁵³⁵ *Pacic*, Rechtsfindung 152-153.

⁵³⁶ *Potacs*, Rechtstheorie² 202.

⁵³⁷ *Wiederin*, EuGRZ 1987, 143.

⁵³⁸

⁵³⁹ *Rill*, ZfV 1985, 468.

⁵⁴⁰ *Rill*, ZfV 1985, 468.

In diesem Sinne argumentiert auch Pacic, dass „ein Normsetzer, der sich der Sprache zur Vermittlung seiner Anordnungen bedient, [...] nach Maßgabe der semantischen und pragmatischen Konventionen dieser Sprache verstanden werden [will]“⁵⁴¹. Die „pragmatische Rechtsinterpretation umfasst neben Umkehr und Größenschlüssen, sowie der Bedachtnahme auf allgemeine Grundsätze insb [sic!] auch den Analogieschluss“⁵⁴². Nach Pacic ist dies darauf zurückzuführen, dass „die Analogie [...] ein Phänomen des allgemeinen Sprachgebrauchs [ist]“⁵⁴³. Beide Perspektiven, die von Rill, als auch jene von Pacic, unterstreichen somit, dass der rechtliche Analogieschluss aus kommunikationstheoretischer Sicht ein adäquates Verfahren zur Ermittlung des Norminhalts bei semantischen Lücken darstellt.

Potacs beschreibt den rechtlichen Analogieschluss in ähnlicher Weise. Er charakterisiert ihn als „ein in der allgemeinen Kommunikationspraxis gängiges Schema der Deutung von (semantisch verkürzten) Äußerungen“⁵⁴⁴. Im Rahmen „der juristischen Methodik kann daher ein Analogieschluss vom gesetzlich explizit geregelten Fall auf eine vom Gesetzgeber implizit mitgeregelte Konstellation das adäquate Mittel darstellen, um den Willen des Gesetzgebers zu rekonstruieren und damit den maßgeblichen Inhalt einer Rechtsvorschrift zutreffend zu erfassen“⁵⁴⁵. Schließlich kann mit Gamper gefolgert werden, dass die Füllung einer semantischen Lücke durch einen rechtlichen Analogieschluss auf „die Sichtbarmachung von etwas, das an sich für vom Gesetzgeber gewolltes Recht gehalten wird“⁵⁴⁶, abzielt.

Nach diesen Ansätzen fungiert der rechtliche Analogieschluss als eine *Methode der Rechtsauslegung*, mit deren Hilfe der *implizit* kommunizierte Sinngehalt einer Rechtsnorm ermittelt wird. Da die Erfassung implizit kommunizierte Sinngehalte auf „ausschließlich aus dem Kontext gewonnenen Anhaltspunkte[n]“⁵⁴⁷ basiert, bezeichnet Potacs den rechtlichen Analogieschluss konsequenterweise als ein Mittel der „reine[n] Pragmatik“⁵⁴⁸.

⁵⁴¹ Pacic, Rechtsfindung 154.

⁵⁴² Pacic, Rechtsfindung 154.

⁵⁴³ Pacic, Rechtsfindung 154.

⁵⁴⁴ Potacs, Rechtstheorie² 202-203.

⁵⁴⁵ Potacs, Umgehung im Wirtschaftsverwaltungsrecht, ÖZW 2018, 158 (160).

⁵⁴⁶ Gamper, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012) 168; Vgl dazu auch Gamper, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenverbindung (2016) 95f.

⁵⁴⁷ Potacs, Rechtstheorie² 202.

⁵⁴⁸ Potacs, Rechtstheorie² 202; Siehe zur „reinen Pragmatik“ ebenso Potacs, Rechtstheorie³ 164 f; Näheres auch oben bei II.F.3.

Der Begriff der rechtlichen Analogie wird im Zusammenhang mit der Schließung semantischer Lücken somit in einer Weise definiert, die dem Konzept der *extensiven Interpretation* stark ähnelt.⁵⁴⁹ Diese Gleichsetzung von rechtlicher Analogie und extensiver Interpretation erinnert an den eingangs besprochenen methodischen Ursprung der rechtlichen Analogie im „argumentum a-simile“.⁵⁵⁰ Bei all jenen rechtlichen Argumentationsvarianten geht es im Kern um die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen nicht ausdrücklich geregelten Sachverhalt auf Grundlage der Annahme einer implizit geregelten Rechtsnorm.⁵⁵¹ In jenen Fällen handelt es sich „nicht um eine Berichtigung des Normzwecks, sondern um seine Verwirklichung durch die Berichtigung des Wortlauts“.⁵⁵² Letztlich geht es jeweils um die „Ermittlung, also Auslegung des wirklichen Willens der Gesetzgebung entgegen dem mißglückten [sic!] Wortlaut“.⁵⁵³

Die rechtliche Analogie, verstanden als Methode zur Schließung semantischer Lücken, weist schließlich wenig offensichtliche Verbindungen zum argumentationstheoretischen Begriff des analogischen Arguments auf. Der Nachweis einer relevanten Ähnlichkeit zwischen einem explizit geregelten Tatbestand und einem prima facie ungeregelten Sachverhalt ist nicht zwingend ausschlaggebend.⁵⁵⁴ Entscheidend ist vielmehr der Nachweis des gesetzgeberischen Willens, der auf der Evaluierung pragmatischer Indizien basiert. Folglich gründet die Anwendung der rechtlichen Analogie im Kontext semantischer Lücken nicht notwendig auf einem analogischen Argument.⁵⁵⁵

Vor dem Hintergrund der Nähe dieser Analogiekonzeption zur extensiven Interpretation und der weitgehend fehlenden Übereinstimmung mit dem argumentationstheoretischen Analogiebegriff bezeichnet Bäcker die Schließung semantischer Lücken zutreffend als „unechte Analogie“.⁵⁵⁶

⁵⁴⁹ Walton/Macagno/Sartor, Interpretation 218, definieren die extensive Interpretation als „arguments that are used for interpreting an existing legal provision, extending its content to cover the case under discussion.“; Vgl dazu auch Canale/Tuzet in Kaptein/Velden 119: „In legal argumentation and practice, ‘restrictive’ and ‘extensive’ interpretations are often described as techniques that are used when the literal meaning of a legal provision (hereafter standard meaning) does not correspond to the intended meaning of the legislature.”.

⁵⁵⁰ Vgl Kehler, Methoden 80.

⁵⁵¹ Canale/Tuzet in Kaptein/Velden 65.

⁵⁵² Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹¹ 552.

⁵⁵³ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹¹ 552.

⁵⁵⁴ Der Nachweis einer relevanten Ähnlichkeit kann jedoch ein Indiz für die Existenz semantische Lücke sein.

⁵⁵⁵ Vgl Walton/Macagno/Sartor, Interpretation 218 f.

⁵⁵⁶ Bäcker, Der Staat 2021, 29; dazu auch Potacs, Rechtstheorie³ 226 FN 187.

D. Zusammenfassung und Begriffsbestimmung

In diesem Kapitel wurden existierende Lücken- und Analogiebegriffe dargestellt.

Mit dem Begriff der Rechtslücke wird demgemäß eine Relation oder eine Differenz zwischen zwei normativen Phänomenen hervorgehoben. Rechtstheoretische Differenzen ergeben sich vor allem daraus, dass unterschiedliche normative Vergleichsgrößen bestehen.

Begriffe der Rechtslücke, die im Rahmen dieser Arbeit als Regelungslücken bezeichnet werden, zielen darauf ab, auf Unterschiede zwischen einer positiven Rechtsordnung und einem nicht-positivierten Normensystem hinzuweisen. Regelungslücken beziehen sich dabei insbesondere auf moralische, politische oder naturrechtliche Diskrepanzen einer positiven Rechtsordnung.

Der Begriff der technischen Lücke bezieht sich auf Phänomene der Unbestimmtheit positiver Rechtsnormen. Diese können sich durch die Verwendung genereller Begriffe, die logische Unanwendbarkeit bestimmter Normen, die Inkorporierung sprachlicher Mehrdeutigkeiten oder die Einbeziehung vager Begriffe manifestieren. Das aus der Existenz einer technischen Lücke resultierende Defizit für die Rechtsanwendung liegt in der mangelnden Präzision und der situationsbedingten Unzulänglichkeit einer unbestimmten Rechtsnorm. Beispiele hierfür sind das Fehlen von Regelungen zu Wahlverfahren oder Verweise auf nichtexistente Gesetze.

Die semantische Lücke dient dazu, Diskrepanzen zwischen dem ausdrücklichen Wortsinn (der Semantik) einer Rechtsnorm und dem intendierten Willen (kommunikativen Sinngehalt) des Gesetzgebers offenzulegen. Im Fall einer semantischen Lücke liegt also eine semantische Verkürzung (Unterdeterminierung) des sprachlichen Ausdrucks einer Rechtsvorschrift in Bezug auf ihren gesamten normativen Gehalt vor.

Als rechtliche Analogie werden rechtliche Methoden bezeichnet, die entweder starke Ähnlichkeiten zur Argumentationsform des analogischen Arguments aufweisen oder wortsinnüberschreitende Rechtsanwendungen und Auslegungen im Sinne einer Schließung von Rechtslücken rechtfertigen. Oftmals überlappen sich diese Bedeutungsvarianten.

Das rechtsmethodische Ergebnis einer rechtlichen Analogie variiert, je nachdem, welcher Rechtslückenbegriff vorausgesetzt wird.

Da die Regelungslücke durch den Vergleich einer positiven Rechtsordnung mit einem nicht-positivierten Normensystem aufgefunden wird, erfordert deren Schließung eine Verbindung positivrechtlicher und nicht-positivrechtlicher Elemente. In den Fällen einer Regelungslücke ist es nicht möglich, einen Sachverhalt unter den Tatbestand einer bestehenden positiven Rechtsnorm zu subsumieren. Somit wird durch die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses eine normative Ergänzung des positiven Rechts vorgenommen, um den ungeregelten Sachverhalt einer Regelung zu unterwerfen. Die Schließung einer Regelungslücke stellt somit einen Akt der positiven Rechtsschöpfung dar.⁵⁵⁷ Bei der Schließung von Regelungslücken ist daher auf die rechtliche Ermächtigung des rechtsanwendenden Organs zu achten.

Der Umgang mit technischen Lücken verlangt eine sinnvolle und präzise Anwendung einer unbestimmten Rechtsnorm. Die Vornahme eines rechtlichen Analogieschlusses bedeutet in diesem Zusammenhang eine Konkretisierung der bisher unbestimmt gebliebenen Rechtsnorm, wobei Orientierung an inhaltlich und zweckmäßig vergleichbaren Rechtsnormen gesucht wird. Der normative Gehalt einer (technisch-)lückenhaften Rechtsvorschrift wird jedoch nicht überschritten. Vielmehr dient die rechtliche Analogie als heuristisches Verfahren, um praktisch schwer anwendbare Normen handhabbar zu machen. Die analoge Schließung technischer Lücken ist daher im Bereich der Rechtsanwendung zu verorten.

In Anlehnung an die allgemeine Kommunikationspraxis zielt der rechtliche Analogieschluss bei der Schließung semantischer Lücken darauf ab, die inhaltliche Differenz zwischen der verkürzt gebliebenen Semantik und dem gesamten normativen Gehalt einer Rechtsvorschrift zu überbrücken. Der rechtliche Analogieschluss stellt demnach ein zentrales Instrument dar, um implizit kommunizierte Rechtsnorminhalte zu erschließen.

Die Schließung semantischer Lücken ist als interpretatives Verfahren zu klassifizieren. Ihr Zweck ist es, den vollständigen Inhalt von Rechtsvorschriften mithilfe pragmatischer

⁵⁵⁷ Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung (1961) 85, bezeichnet diese Art der rechtlichen Analogie als „normschaffende Analogie“, da es ihr „darum geht, geradezu eine neue Norm zu schaffen, weil das Gesetz eine ausdrückliche Normierung für das jeweilige Rechtsinstitut nicht enthält“.

Indizien zu rekonstruieren. Die rechtliche Analogie bewegt sich in diesem Sinne im Rahmen der inhaltlichen Bestimmung positiver Rechtsnormen.

Ein Anliegen dieser Arbeit ist es, die Rolle und spezifische Funktion des rechtlichen Analogieschlusses im Rahmen der Interpretation positiver Rechtsnormen zu untersuchen. Der gegenständliche Fokus liegt daher auf dem Vorgang der inhaltlichen Erschließung des positiven Rechts, also dem „durch menschliche Willensakte [...] gesetzten Recht“⁵⁵⁸. In Verbindung mit dem bereits in der Einleitung dieses Kapitels festgestellten Prinzip, dass nur das als Rechtslücke bzw. rechtliche Analogie gelten kann, was überhaupt Gegenstand juristischer Methodik ist, ergibt sich das folgende Bild:

Der Begriff der rechtlichen Analogie ist mit der Schließung semantischer Lücken zu verknüpfen, da es sich nur hierbei um einen Vorgang handelt, der die Interpretation positiver Rechtsnormen bezweckt.⁵⁵⁹ Im Gegensatz dazu beziehen sich die Begriffe der technischen Lücke und der Regelungslücke auf die Funktionsbereiche der Rechtsanwendung und der Rechtsschöpfung und verdienen daher im Rahmen der hier zugrundeliegenden Rechtsmethodik keine gleichwertige begriffliche Berücksichtigung.

Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird der Rechtslücken- und Analogiebegriff sohin vorwiegend mit der Schließung semantischer Lücken identifiziert. Gleichwohl werden bestimmte Aspekte anderer Lücken- und Analogiearten weiterhin berücksichtigt.

⁵⁵⁸ Walter in GS Ringhofer 198.

⁵⁵⁹ In diesem Zusammenhang formuliert Potacs, ÖZW 2018, 160, trefflich: „In der juristischen Methodik kann daher ein Analogieschluss vom gesetzlich explizit geregelten Fall auf eine vom Gesetzgeber implizit mitgeregelte Konstellation das adäquate Mittel darstellen, um den Willen des Gesetzgebers zu rekonstruieren und damit den maßgeblichen Inhalt einer Rechtsvorschrift zutreffend zu erfassen.“.

IV. Analogie im Verwaltungsrecht

A. Einleitung

Die rechtliche Analogie wird im Rahmen dieser Arbeit sohin als eine rechtliche Interpretationsmethode der reinen Pragmatik angesehen. Mit der rechtlichen Analogie wird der implizite Sinngehalt einer Rechtsvorschrift durch die Bewertung pragmatischer Indizien ermittelt. Die Frage nach der Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der rechtlichen Analogie ist demnach mit der Frage nach der *Gewichtung* semantischer und pragmatischer Indizien bei der Auslegung von Rechtsvorschriften verbunden.

In diesem Zusammenhang hebt Kerschner den Unterschied zwischen der *Reihenfolge* und der *Rangordnung* rechtlicher Interpretationsmethoden hervor: „Die Reihenfolge betrifft die Frage, mit welcher Auslegungsmethode üblicherweise begonnen werden soll und wie sodann fortzufahren ist.“⁵⁶⁰ Entstehen jedoch Konflikte zwischen den Ergebnissen verschiedener Methoden, so tritt die Frage der Rangordnung in den Vordergrund, also „welcher Auslegungsmethode im Fall widerstreitender Auslegungsergebnisse der Vorrang zu geben ist“⁵⁶¹.

Die herrschende Meinung nimmt dabei an, „dass ein **starres Rangverhältnis** dieser Interpretationsmethoden zueinander **nicht auszumachen** sei. Den einzelnen Kriterien komme nur relative Stärke zu [hervorgehoben im Original]“⁵⁶². Insbesondere sei „**im Fall widersprechender Auslegungsergebnisse [...] eine Gesamtabwägung vorzunehmen und dabei eine wertende Entscheidung zu treffen** [hervorgehoben im Original]“⁵⁶³.

Eines der Ziele dieser Arbeit ist es, die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der rechtlichen Analogie bei Interpretation des Verwaltungsrechts zu untersuchen. In diesem Zusammenhang ist zu klären, ob und inwieweit bei der Auslegung des Verwaltungsrechts

⁵⁶⁰ Kerschner/Mayr, Die Rangordnung der Interpretationsmethoden, JAP 2021/2022, <<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LIjap20210102Y>> Punkt E.1.

⁵⁶¹ Kerschner/Mayr, JAP 2021/2022, Punkt E.1.

⁵⁶² Kerschner/Mayr, JAP 2021/2022, Punkt E.3.

⁵⁶³ Kerschner/Mayr, JAP 2021/2022, Punkt E.3; Weiteres zur Rangordnungsfrage bei Kerschner, Methodenlehre 85 ff.

eine *besondere Gewichtung* semantischer und pragmatischer Indizien zu berücksichtigen ist.⁵⁶⁴ Dieses Kapitel dient der Beantwortung dieser Fragestellung.

Die Möglichkeit einer besonderen Gewichtung semantischer und pragmatischer Indizien im Verwaltungsrecht kann auf verschiedene Faktoren zurückgeführt werden. Zum einen lassen sich aufgrund der engen Verknüpfung des Kommunikations- mit dem rechtlichen Interpretationsbegriff Gewichtungskriterien aus der allgemeinen Kommunikationspraxis ableiten. Zum anderen ist auf spezifische Eigenheiten der rechtlichen Kommunikation einzugehen, da diese eine institutionell gelenkte Form der Kommunikation darstellt.⁵⁶⁵ Ebenfalls wird angenommen, dass das österreichische Rechtssystem sogenannte positivrechtliche Auslegungsregeln enthält, die die Beachtung besonderer Gesichtspunkte bei der Interpretation von Rechtsvorschriften vorschreiben. Nicht zuletzt können auch teleologische Gesichtspunkte des Rechts, insbesondere des Verwaltungsrechts, die Beachtung spezifischer Aspekte bei der Interpretation des Verwaltungsrechts gebieten.

Ausgehend hiervon widmet sich dieses Kapitel zunächst der allgemeinen zwischenmenschlichen Kommunikationspraxis: Welche Kriterien bestimmen die Gewichtung semantischer und pragmatischer Indizien im alltäglichen Sprachgebrauch? Anschließend wird die juristische Interpretationslehre mit Blick auf die Relevanz dieser Kriterien eingehend betrachtet. Daran anknüpfend wird geprüft, ob positivrechtlich verankerte Auslegungsregeln Vorgaben zur Gewichtungsfrage enthalten. Schließlich wird nach der eigentümlichen Zweckmäßigkeit des Verwaltungsrechts gefragt und ob diese einen gewissen *Gewichtungsschlüssel* zwischen Semantik und Pragmatik bedingt. Zuletzt erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und eine Synthese im Hinblick auf die Frage nach der besonderen Gewichtung semantischer und pragmatischer Indizien im Bereich des Verwaltungsrechts.

⁵⁶⁴ Möllers, Methodenlehre Rz 52 ff, unterscheidet in diesem Zusammenhang drei Formen des Verhältnisses zwischen Auslegungskriterien: erstens ein „absolutes Vorrangverhältnis“, das vorliegt, „wenn *sich die Argumentationsfigur in allen Konfliktsituationen durchsetzt* [kursiv im Original]“; zweitens eine „Vermutungsregel“, die verlangt, dass ein Interpret deren Nichtbefolgung gut begründet; und drittens eine „Argumentationslastregel“, welche die tatsächliche Anwendung eines bestimmten Interpretationskriteriums an eine Begründungspflicht knüpft.

⁵⁶⁵ Siehe dazu oben II.F.1.

B. Allgemeine und rechtliche Kommunikationspraxis

1. Linguistische Verantwortung

Die dieser Arbeit zugrundeliegende Klassifizierung rechtlicher Anordnungen als institutionell geleitete Formen der Kommunikation findet eine theoretische Entsprechung im von der Sprachphilosophie entwickelten Begriff des Sprechakts.⁵⁶⁶ Als Sprechakte werden verschiedene Handlungen bezeichnet, die typischerweise durch sprachliche Äußerungen vollzogen werden, deren Zweck aber nicht allein in der bloßen Informationsübermittlung liegt, sondern einen darüber hinausgehenden, meist normativen, Effekt zu erzielen. Klassische Beispiele sind etwa Behauptungen, Bittstellungen, Befehle oder Versprechen.⁵⁶⁷

Strawson zufolge ist zwischen konventionellen und nicht-konventionellen Sprechakten zu unterscheiden. Erstere folgen einer bestehenden Konvention und bedienen sich konventioneller Mittel für deren Erzeugung. Letztere wiederum greifen auf spontane Strukturen zurück und lassen sich keiner bestehenden Konvention eindeutig zuordnen.⁵⁶⁸ Beide Formen zeichnen sich laut Strawson dadurch aus, dass sie von einer reflexiven Intention getragen werden, also der Intention, als Sprechakt im Sinne eines solchen erkannt zu werden.⁵⁶⁹ Konventionelle Sprechakte haben überdies häufig die Eigenschaft, bestimmte Wirkungen auch in Abwesenheit dieser Intention zu entfalten, wobei solche Fälle aber von Strawson als Sonderfälle bezeichnet werden.⁵⁷⁰

Bei der Hervorbringung konventioneller Sprechakte übernimmt der Sprecher zugleich die erzeugerische Verantwortung für die durch Konvention bestimmten Wirkungen seiner

⁵⁶⁶ Vgl. dazu *Potacs*, ZöR 2024, 7; *Potacs*, Rechtstheorie³ 57ff; Zum Begriff der rechtlichen Anordnung und seiner Verbindung zum Kommunikationsbegriff siehe oben II.D.8. und II.F.1.; Besonders einflussreich für die sogenannte „Sprechakttheorie“ waren eine Reihe von Vorträgen des Philosophen J.L. Austin an der Harvard Universität im Jahr 1955. Siehe *Austin*, How to do things with words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955 (1975).

⁵⁶⁷ *Macfarlane*, What is Assertion, in Brown/Cappelen (Hrsg.), Assertion: New Philosophical Essays (2011) 79 (91 ff).

⁵⁶⁸ *Strawson*, Intention and Convention in Speech Acts, *The Philosophical Review* 73 (1964) 439 (456-457).

⁵⁶⁹ Strawson vertritt somit eine intentionalistische Auffassung von Sprechakten, bei der die reflexive Intention eines Sprechers im Zentrum steht. J.L. Austin und John Searle betonen im Gegensatz dazu die starke Konventionalität von Sprechakten. Siehe dazu *Searle*, Speech acts: An Essay in the Philosophy of Language (1969); Einführend zu bestehenden Strömungen der Sprechakttheorie siehe *Harris/Fogal/Moss*, Speech Acts: The Contemporary Theoretical Landscape, in Fogal/Harris/Moss (Hrsg.), New Work on Speech Acts (2018) 1; Über reflexive Intentionen im Bereich der sprachlichen Kommunikation siehe oben II.E.1.b., über reflexive Intention in Bereich der rechtlichen Kommunikation siehe oben II.D.8.

⁵⁷⁰ *Strawson*, *The Philosophical Review* 73 (1964) 457.

Äußerung.⁵⁷¹ Eine besondere Kategorie solcher normativer Effekte wird in der sprachphilosophischen Literatur unter dem Begriff der „linguistischen Verantwortung“ (linguistic liability, linguistic responsibility) behandelt.⁵⁷² Hinter diesem Konzept steht die Idee, dass eine Person bis zu einem gewissen Grad für die semantischen Bedeutungen ihrer Äußerungen *kommunikativ verantwortlich* gemacht werden kann, ungeachtet der Frage, ob ihre kommunikative Intention vollständig mit den geäußerten semantischen Inhalten übereinstimmt.⁵⁷³

Ein Problem für Theorien der linguistischen Verantwortung ergibt sich aus Thesen über die radikale Underdeterminiertheit natürlicher Sprachen. Dabei stellt sich die Frage, ob die konventionellen sprachlichen Regeln einer Sprachgemeinschaft hinreichend determinierte Inhalte aufweisen, um Sprecher für ihre Äußerungen verantwortlich machen zu können. Anhänger eines radikalen Kontextualismus vertreten etwa die Auffassung, dass Sätze und Wörter natürlicher Sprachen keinen für sich wahrheitsbewertbaren Inhalt besitzen, sondern lediglich eine schwache Grundstruktur für kontextabhängige, pragmatische Bedeutungsanreicherungen bieten.⁵⁷⁴ Im Gegensatz dazu betrachten Befürworter des sogenannten semantischen Minimalismus die Semantik weniger skeptisch. Ihrer Meinung nach können semantische Bedeutungen durchaus abgeschlossene propositionale Inhalte repräsentieren und bieten einen geeigneten Rahmen explizit zu kommunizieren.⁵⁷⁵ Im Folgenden wird dieser Auffassung gefolgt.

Borg schlägt vor, das Phänomen der linguistischen Verantwortung kontextabhängig zu differenzieren. Sie unterscheidet dabei zwei grundlegende Formen: Zum einen die sogenannte „strenge linguistische Verantwortung“ („strict linguistic liability“), bei der sich ein Sprecher den gesamten von ihm geäußerten semantischen Gehalt als kommuniziert zurechnen lassen muss.⁵⁷⁶ Zum anderen spricht sie von „gesprächsbezogener linguistischer

⁵⁷¹ Strawson, *The Philosophical Review* 73 (1964) 458.

⁵⁷² Siehe Borg, *Explanatory Roles for Minimal Content*, *Nous* 53 (2019) 513 (520 ff); Borg/Connolly, *Exploring Linguistic Liability*, in Lepore/Sosa (Hrsg), *Oxford Studies in Philosophy of Language Volume 2* (2022) 1; Borg, *Royal Institute of Philosophy Supplement* 95 (2024) 107; Buchanan/Schiller, *Meaning and Responsibility*, *Mind & Language* 38 (2023) 809;

⁵⁷³ Borg, *Royal Institute of Philosophy Supplement* 95 (2024) 120; Buchanan/Schiller, *Mind & Language* 38 (2023) 12.

⁵⁷⁴ Siehe dazu etwa Recanati, *Literal Meaning* (2004).

⁵⁷⁵ Borg, *Semantic Minimalism*, in Cummings (Hrsg), *The Pragmatics Encyclopedia* (2009) 423 (423-424); Borg/Fisher, *Semantic Content and Utterance Context*, in Stalmaszczyk (Hrsg), *The Cambridge Handbook of the Philosophy of Language* (2021) 174 (180-181); Siehe auch Cappelen/Lepore, *A Tall Tale: In Defense of Semantic Minimalism and Speech Act Pluralism*, *Canadian Journal of Philosophy* 34 (2004) 2 (3 ff).

⁵⁷⁶ Borg, *Royal Institute of Philosophy Supplement* 95 (2024) 120.

Verantwortung“ („conversational linguistic liability“), bei der einem Sprecher nur der von ihm intendierte kommunikative Sinngehalt zugerechnet werden soll.⁵⁷⁷ Borg betont jedoch, dass sich innerhalb dieser zweiten Kategorie unterschiedliche Abstufungen ergeben können, wobei der Semantik je nach Kontext ein unterschiedlich großes Gewicht zukommt.⁵⁷⁸

Um ihre Unterscheidung zwischen den beiden Grundformen linguistischer Verantwortung zu veranschaulichen, zieht Borg ein hypothetisches Beispiel heran. In der ersten Situation bezieht sich der Satz „Der Zug fährt um 11 ab“ auf ein Gespräch zwischen zwei Freunden, bei dem der eine andeutet, heute nach Oxford zu fahren und den Zug nehmen zu müssen. In diesem Kontext genügt es, den ungefähren Zeitpunkt der Abfahrt mitzuteilen, um einen plausiblen Grund für die Absage eines gemeinsamen Mittagessens zu geben. Eine geringfügige zeitliche Abweichung, etwa um 11:05 Uhr, hätte hier keine relevanten Folgen für die Glaubhaftigkeit der Äußerung. Diese Situation spiegelt somit das Prinzip der gesprächsbezogenen linguistischen Verantwortung wider, bei dem der kommunikative Sinngehalt im Vordergrund steht.

Die zweite Situation ist strenger gelagert. Hier erkundigt sich eine Person telefonisch bei einer Auskunftsstelle eines Zugunternehmens nach der genauen Abfahrtszeit. Dieselbe Aussage „Der Zug fährt um 11 ab“ wird in diesem Kontext als exakte Information erwartet. Sollte der Zug tatsächlich erst um 11:05 Uhr abfahren, würde man der Auskunftsperson ihre Aussage als unpräzise oder gar fehlerhaft anrechnen. Dieses Beispiel verdeutlicht die strenge linguistische Verantwortung: Der Sprecher wird für den gesamten von ihm geäußerten semantischen Gehalt verantwortlich gemacht, da die Genauigkeit der Information entscheidend ist.⁵⁷⁹

Ein genauer Blick auf die allgemeine Kommunikationspraxis zeigt somit, dass Personen für die von ihnen geäußerten semantischen Bedeutungen in unterschiedlichem Maße kommunikativ verantwortlich gemacht werden können. Im Rahmen der strengen linguistischen Verantwortung wird einem Sprecher die gesamte inhaltliche Bandbreite der geäußerten semantischen Bedeutungen zugerechnet. Bei der gesprächsbezogenen linguistischen Verantwortung hingegen treten die geäußerten semantischen Bedeutungen in den Hintergrund, während der intendierte kommunikative Sinn einer Äußerung in den

⁵⁷⁷ Borg, Royal Institute of Philosophy Supplement 95 (2024) 120.

⁵⁷⁸ Borg, *Nous* 53 (2019) 521 ff.

⁵⁷⁹ Borg, Royal Institute of Philosophy Supplement 95 (2024) 120.

Vordergrund rückt. Welche Art der linguistischen Verantwortung auf einen Sprecher zutrifft, hängt vom jeweiligen Äußerungskontext ab.⁵⁸⁰

2. Linguistische Verantwortung im Recht

Welche Art der linguistischen Verantwortung ist im Bereich der rechtlichen Kommunikation maßgeblich?⁵⁸¹ Zur Beantwortung dieser Frage verweist die einschlägige Literatur einerseits auf die spezifische Sprachverwendung des Gesetzgebers und andererseits auf die einer jeweiligen positiven Rechtsordnung eigenen Prinzipien des Vertrauensschutzes.

Ein Argument, das der ersten Argumentationsweise zugeordnet werden kann, konzentriert sich auf den faktischen Umstand der Sprachverwendung durch den Gesetzgeber. So weist Merkl darauf hin, dass sich der Gesetzgeber zur Schaffung neuer Rechtsnormen typischerweise der „Sprachform“⁵⁸² bedient. Aus diesem Umstand leitet Merkl ab, dass der Gesetzgeber stillschweigend voraussetzt, nach den von ihm verwendeten semantischen Bedeutungen verstanden zu werden.⁵⁸³ Dadurch werde die Wortlautinterpretation „logisch geboten“⁵⁸⁴ und erweise sich als unverzichtbarer Bestandteil des rechtlichen Interpretationsprozesses. Folglich gelangt Merkl zum Schluss, dass die Wortlautinterpretation die einzige „notwendige“ unter anderen lediglich „möglich[en]“⁵⁸⁵ Auslegungsmethoden ist.

Auch Walter interpretiert die Tatsache, „dass die Rechtsautorität eine bestimmte Sprache [...] als ihr Ausdrucksmittel gewählt hat“⁵⁸⁶ als Indiz dafür, dass es eine Auslegungsregel gibt, welche der semantischen Interpretation einen gewissen Vorrang einräumt. Nach seinem

⁵⁸⁰ Borg, Royal Institute of Philosophy Supplement 95 (2024) 123.

⁵⁸¹ Siehe dazu Potacs, ZöR 2024, 15f; Für Walter in FS Leser 202, ist danach zu fragen, ob „*der wirkliche Wille des Normsetzers* oder der *förmliche Ausdruck des Normwillens* der ‚wirkliche‘ Inhalt der Norm sei [kursiv im Original]“.

⁵⁸² Merkl in Mayer-Maly/Schambeck/Grussman 78.

⁵⁸³ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss¹¹ 68, sehen, ganz gleich wie Merkl, die Wortlautinterpretation als „das erste ableitbare Prinzip“ der Rechtsauslegung, welches sich daraus ergibt, dass „die Rechtsautorität eine bestimmte Sprache [...] als ihr Ausdrucksmittel gewählt hat“; Auch Schmid, Die Auslegung der Grundrechtecharta, in Kahl/Raschauer/Storr (Hrsg), Grundsatzfragen der europäischen Grundrechtecharta (2013) 153 (159), bemerkt, dass in einem „modernen Gesetzesstaat [...] in erster Linie Texte (als Sinnträger) fungieren.“.

⁵⁸⁴ Merkl in Mayer-Maly/Schambeck/Grussman 78.

⁵⁸⁵ Merkl in Mayer-Maly/Schambeck/Grussman 78.

⁵⁸⁶ Walter, Bundesverfassungsrecht 86.

Verständnis sind Rechtsvorschriften daher notwendigerweise im Einklang mit „der Bedeutung der Worte und den sprachlichen Regeln über ihre Verwendung“⁵⁸⁷ auszulegen.

Schäffer vertritt eine ähnliche Meinung. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber stets auf die Sprachform zurückgreift, ergibt sich für ihn eine besondere Bedeutung der Semantik bei der Auslegung von Rechtsvorschriften. Zunächst solle die semantische Bedeutung einer Rechtsvorschrift „als erste Annäherung“⁵⁸⁸ dienen, um die Anzahl der möglichen Interpretationshypothesen einzuschränken. Auf diese Weise wird ein zulässiger Rahmen für die Annahme bestimmter Interpretationshypothesen abgesteckt. Der normative Gehalt ist nach Schäffer folglich stets innerhalb der semantischen Bedeutungen zu suchen. Diese begrenzende Funktion der Semantik betont Schäffer, indem er sich für die „Objektivierung des verbindlichen Willens“⁵⁸⁹ des Gesetzgebers durch die Publikation sprachlicher Texte ausspricht.

Kehrer hält einen etwas zurückhaltenderen Ansatz. Er unterstreicht, dass „der Gesetzgeber Sprache als Kommunikationsmittel begreift und in Worte gefasste Gesetze nutzt, um seinem Willen Ausdruck zu verleihen“⁵⁹⁰. Zudem sei anzunehmen, dass „der Gesetzgeber die Einhaltung seiner Rechtsvorschriften anstrebt und sich deshalb einer möglichst verständlichen Ausdrucksweise bedient“⁵⁹¹. Aus diesem Umstand folgert Kehrer, dass es im Regelfall der Absicht des Gesetzgebers entspricht, im Einklang mit den von ihm verwendeten semantischen Bedeutungen verstanden zu werden. Daher komme der semantischen Interpretation eine „Sonderstellung unter den Interpretationsmethoden“⁵⁹² zu. Jedoch sei diese stets als „Mittel zum Zweck“ und nicht als „Selbstzweck“⁵⁹³ anzusehen.

Die zweite Argumentationsweise postuliert, dass der Semantik bestimmte Eigenschaften zugeschrieben werden können, die das kommunikative Vertrauen fördern. Diese

⁵⁸⁷ *Walter*, Bundesverfassungsrecht 86.

⁵⁸⁸ *Schäffer* in FS Rill 623.

⁵⁸⁹ *Schäffer* in FS Rill 623; Siehe dazu auch *Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich: Eine kritische Bestandsaufnahme (1971) 196.

⁵⁹⁰ *Kehrer*, Methodik 41.

⁵⁹¹ *Kehrer*, Methodik 41.

⁵⁹² *Kehrer*, Methodik 41.

⁵⁹³ *Kehrer*, Methodik 42.

Eigenschaften werden sodann im Zusammenhang mit bestimmten, dem positiven Recht zugehörigen Prinzipien des Vertrauensschutzes in der rechtlichen Interpretation relevant.⁵⁹⁴

MacCormick argumentiert, dass von Gesetzgebern erwartet werden kann, ihre Kommunikationsmittel so zu gestalten, dass sie gut nachvollziehbar sind und der Sinngehalt einer rechtlichen Anordnung möglichst klar und eindeutig erkennbar wird. Dieses Gebot der Nachvollziehbarkeit wird insbesondere durch eine *semantikkonforme* Kommunikation erfüllt, bei der implizit vermittelte Sinngehalte auf ein Minimum reduziert werden. Die semantischen Bedeutungen natürlicher Sprachen bieten dabei ein stabiles und verlässliches Kommunikationsmittel, das sich besonders dazu eignet, normative Inhalte zu übermitteln.⁵⁹⁵

Potacs hebt hervor, dass die Semantik „die im Sprachgebrauch üblichen und daher den Normadressaten [...] besonders geläufigen“⁵⁹⁶ Bedeutungen umfasst. Er stellt klar, dass „in erheblichem Umfang darauf vertraut [wird], dass Worte und Sätze in ihrer im Sprachgebrauch üblichen Bedeutung (Semantik) verwendet werden“⁵⁹⁷. Daraus folgert er, dass die semantischen Bedeutungen natürlicher Sprachen „eine Vertrauensschutzfunktion“⁵⁹⁸ erfüllen.⁵⁹⁹ Diese *Vertrauensschutzfunktion der Semantik* gewinnt im Kontext der rechtlichen Kommunikation besondere Relevanz, da „in rechtsstaatlichen Ordnungen“ die „Gewährleistung des Vertrauens auf den geschriebenen Rechtstext“⁶⁰⁰ ein grundlegendes Prinzip darstellt. Es sei sohin „in solchen Ordnungen [...] prinzipiell davon auszugehen, dass Rechtsetzer ihre Anordnungen der Öffentlichkeit in möglichst klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis zu bringen trachten“⁶⁰¹.

Demzufolge kann „mit relativ hoher Plausibilität“⁶⁰² angenommen werden, dass der Gesetzgeber sich in besonderem Maße auf die kommunikative Effektivität der Semantik stützt. Es ist daher zu erwarten, dass seine rechtlichen Anordnungen grundsätzlich im Rahmen der verwendeten Semantik, also semantikkonform, vermittelt werden. Potacs betont

⁵⁹⁴ Zu den rechtlichen Begriffen des Vertrauens und des Vertrauensschutzes siehe Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip: Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen (2001).

⁵⁹⁵ MacCormick, Argumentation and Interpretation in Law, Argumentation 9 (1995) 467 (473).

⁵⁹⁶ Potacs, Rechtstheorie² 169.

⁵⁹⁷ Potacs, Rechtstheorie² 169.

⁵⁹⁸ Potacs, Rechtstheorie² 169.

⁵⁹⁹ Vgl. Potacs, Die Interpretation des Staatsgrundgesetzes, in: Merli/Pöschl/Wiederin (Hrsg.), 150 Jahre Staatsgrundgesetz: über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (2018) 55 (59).

⁶⁰⁰ Potacs, Rechtstheorie² 170.

⁶⁰¹ Potacs, Rechtstheorie² 205.

⁶⁰² Potacs, Rechtstheorie² 169.

in diesem Zusammenhang, dass „man Rechtsetzern in Rechtsstaaten [...] zusinnen [darf], daß [sic!] sie ihre Anordnungen semantisch möglichst erschöpfend zum Ausdruck bringen“⁶⁰³. Inhalte, die über den Rahmen der Semantik hinaus implizit kommuniziert werden, sind demnach *prima facie* nur mit geringer Plausibilität anzunehmen.

Gleichzeitig weist Potacs darauf hin, dass „die Anforderungen an eine semantisch klare und erschöpfende Ausdrucksweise auch in rechtsstaatlichen Ordnungen nicht überbewertet werden“⁶⁰⁴ dürfen. Die Berücksichtigung pragmatischer Indizien sollte bei der Auslegung von Rechtsvorschriften niemals vollständig außer Acht gelassen werden. Er führt hierzu aus, dass „zum einen [...] den Rechtsunterworfenen auch aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ein Abstellen auf die Pragmatik bei der Deutung von Äußerungen bekannt [ist], weshalb sie auch bei der Auslegung rechtlicher Äußerungen stets in Betracht zu ziehen ist. Zum anderen besitzen pragmatische Auslegungskriterien eine sprachökonomische Funktion und verhindern aufwendige Formulierungen, die gerade dem rechtsstaatlichen Gebot der Verständlichkeit von Rechtstexten zuwiderlaufen könnten. Daher ist auch bei der Auslegung von Rechtstexten keineswegs auszuschließen, dass Rechtsetzer ihren Willen mitunter in einer semantisch unvollständigen Weise zum Ausdruck bringen“⁶⁰⁵.

Insbesondere sind pragmatische Aspekte der Rechtauslegung nach Meinung von Potacs niemals vollständig außer Acht zu lassen, da das kommunikative Mittel der Semantik gesetzgebungstechnisch erhebliche Limitierungen aufweist. Ein Rechtsetzer kann weder „alle relevanten Fälle [vorhersehen]“, noch vermag er diese „einer ausdrücklichen Regelung [...] unterwerfen“⁶⁰⁶. Der Versuch, sämtliche Regelungsgegenstände ausdrücklich zu erfassen, würde zu einem „außerordentlichen Umfang von Rechtstexten“⁶⁰⁷ führen.

Rechtsetzer bedienen sich zwar stets des ausdrucksstarken Mittels der Semantik, müssen jedoch auch dessen kommunikative Schwächen, wie etwa Generalität, Mehrdeutigkeit und Ambiguität, in Kauf nehmen. Die Pragmatik dient dazu, diese Schwächen zu kompensieren.

⁶⁰³ Potacs in FS Rill 574-575.

⁶⁰⁴ Potacs, Rechtstheorie² 205.

⁶⁰⁵ Potacs, Rechtstheorie² 204-205.

⁶⁰⁶ Potacs, ZöR 2024, 15.

⁶⁰⁷ Potacs, ZöR 2024, 15.

Sie erfüllt eine zentrale „sprachökonomische Funktion“⁶⁰⁸, die bei der Verfassung von Rechtstexten unentbehrlich ist.⁶⁰⁹

Insgesamt kann nach Potacs „der Wortsinninterpretation eine beachtliche Überzeugungskraft“ sowie im Vergleich mit anderen Auslegungsmethoden ein „besonderes Gewicht“⁶¹⁰ zugeschrieben werden. Ihm zufolge lässt sich somit „aus der Vertrauensschutzfunktion des semantischen Sinngehaltes [...] ein gewisser Vorrang der Wortsinninterpretation [ableiten], der nur durch gewichtige pragmatische Anhaltspunkte mit hoher Überzeugungskraft übertroffen wird“⁶¹¹. Darüber hinaus ergibt sich für Potacs „ein grundsätzlicher Vorrang eines Umkehrschlusses bei der Auslegung von Rechtsvorschriften“⁶¹². Für rein pragmatische Interpretationsmethoden bedeutet dieser *relative Vorrang* bzw. diese *Vermutung zugunsten der semantikkonformen Interpretation*, dass jene durch die Heranziehung überzeugender Indizien gerechtfertigt sein müssen. Die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses erfordert demgemäß eine Untermauerung „durch pragmatische Kriterien mit besonderer Überzeugungskraft“⁶¹³.⁶¹⁴

C. Positivrechtliche Aspekte

1. Begriff der positivrechtlichen Auslegungsregel

Da das positive Recht „seine eigene Erzeugung“⁶¹⁵ regelt, ist es auch in der Lage, den Grad der im Kontext der rechtlichen Kommunikation geltenden linguistischen Verantwortung näher zu bestimmen.

⁶⁰⁸ Potacs, ZöR 2024, 15.

⁶⁰⁹ Nach Potacs, Rechtstheorie³ 194, helfen pragmatische Mittel dabei „aufwendige semantische Formulierungen zu vermeiden“; Für Potacs, ZöR 2024, 9, ist daher „eine funktionsfähige Kommunikation in natürlicher Sprache ohne solche pragmatische[n] Regeln sowohl in der Alltagskommunikation als auch bei der Auslegung von Rechtsvorschriften nur schwer denkbar“.

⁶¹⁰ Potacs, Rechtstheorie² 170.

⁶¹¹ Potacs, Rechtstheorie² 170.

⁶¹² Potacs, Rechtstheorie² 204-205.

⁶¹³ Potacs, Rechtstheorie² 205.

⁶¹⁴ Vgl. dazu Tomandl, Im juristischen Methodendschungel, ÖJZ 2011, 539 (543), welcher in diesem Sinne äußert, dass „jede richterliche Regelsetzung, die zu einem Ergebnis führt, das sich im Gesetzeswortlaut nicht wiederfinden lässt, [...] der überzeugenden Begründung, dass auch der Normunterworfenen dieses Ergebnis auf zumutbare Weise erkennen konnte, [bedarf]“.

⁶¹⁵ Kelsen, Reine Rechtslehre² 74; Vgl. auch Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie (1999) 347.

Rechtsmethodische Vorgaben, deren Existenz auf geltende positive Rechtsnormen zurückzuführen sind, werden häufig als *positivrechtliche Auslegungsregeln* bezeichnet.⁶¹⁶ Nach Wendehorsts Auffassung zielen diese darauf ab, „den Prozess der Rechtsfindung selbst [zu] zu regeln“⁶¹⁷. Aus diesem Grund beschreibt sie positivrechtliche Auslegungsregeln als „Meta-Normen“, die „nicht selbst unmittelbar einen Lebenssachverhalt regeln, sondern zum verbindlichen Gehalt anderer Normen hinführen sollen“⁶¹⁸.

Jestaedt unterscheidet zwei Arten von positivrechtlichen Auslegungsregeln. Unter *unechten* Auslegungsregeln versteht Jestaedt bestimmte positivrechtliche Normen, welche „verbindlich das Auslegungsziel (definieren)“⁶¹⁹. *Echte* Auslegungsregeln wiederum werden für Jestaedt dadurch charakterisiert, dass diese „sich der Auslegungsgegenstände annehmen“⁶²⁰. Der entscheidende Punkt der Differenzierung zwischen den beiden Arten von Auslegungsregeln ist demnach, dass erstere bestimmen „was als Inhalt von Rechtsnormen zu begreifen“ ist und zweitere festlegen „wie dieser Inhalt zu ermitteln ist“⁶²¹.

Unechte Auslegungsregeln legen stets einen bestimmten Tatbestand der Rechtserzeugung fest.⁶²² Ein solcher umschreibt den Vorgang des Existenz-Werdens und der inhaltlichen Determination von Rechtsnormen.⁶²³ Jestaedt nennt als Beispiel einer unechten Auslegungsregel eine Norm, die bestimmt, dass der Inhalt erzeugter Rechtsvorschriften gemäß den „alltags- oder fachsprachlichen [...] Kommunikationskonventionen“⁶²⁴ zu verstehen ist. Eine Rechtsregel, die vorgibt, den normativen Gehalt einer Rechtsvorschrift mit ihren semantischen Bedeutungen gleichzusetzen, wäre nach Jestaedt folglich als unechte Auslegungsregel einzustufen.

⁶¹⁶ Vgl. *Grabau*, Normen 80: „Mit der Vorgabe von gesetzlichen Auslegungsregeln versucht der Gesetzgeber seinen Beitrag zu leisten, um dem Rechtsanwender zumindest gewisse Anhaltspunkte für seine Tätigkeit der methodischen Vorgehensweise an die Hand zu geben.“; *Merkel* in Mayer-Maly/Schambeck/Grussman 81 f.; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss¹¹ 65-66; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 347 f.; *Jablonek*, ZÖR 2018, 475; *Thienel*, Rationalismus 205 ff.; *Schäffer* in FS Rill 611; *Walter* in FS Leser 201; *Wendehorst*, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2011, 730 (732), verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff der „Methodennormen“.

⁶¹⁷ *Wendehorst*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2011, 732.

⁶¹⁸ *Wendehorst*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2011, 732.

⁶¹⁹ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 347-348.

⁶²⁰ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 348.

⁶²¹ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 347.

⁶²² Vgl. *Jablonek*, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in Olechowsky/Zeleny (Hrsg.), Clemens Jablonek. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 61 (68 f.).

⁶²³ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 348.

⁶²⁴ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 348.

Echte Interpretationsregeln hingegen begrenzen den „Kreis zulässiger Indizien“⁶²⁵, die ein Interpret zur Bestimmung des Auslegungsergebnisses heranziehen darf.⁶²⁶ Als Beispiel nennt Jestaedt das Verbot, bestimmte Gesetzesmaterialien bei der Interpretation zu berücksichtigen. Darüber hinaus führt er Publikationsvorschriften als weitere Beispiele für echte Interpretationsregeln an, da diese die unumgängliche Indizwirkung eines bestimmten Textes festlegen.⁶²⁷

Im Zusammenhang mit der Idee einer gesetzlichen Verankerung der verbindlichen Gewichtung semantischer und pragmatischer Auslegungskriterien lässt sich Folgendes zu positivrechtlichen Auslegungsregeln festhalten: Grundsätzlich können beide Arten positivrechtlicher Auslegungsregeln, sowohl echte als auch unechte, die Rolle der Semantik für die Interpretation von Rechtsvorschriften näher bestimmen. Denkbar wäre beispielsweise eine echte Auslegungsregel, die vorschreibt, dass der mögliche Inhalt einer Rechtsnorm innerhalb der semantischen Bedeutungen des veröffentlichten Textes zu verorten ist. Eine solche Regel würde verhindern, dass implizit kommunizierte Inhalte Teil einer Rechtsnorm werden.⁶²⁸

Unechte Auslegungsregeln beeinflussen lediglich mittelbar die Art der sprachlichen Verantwortung innerhalb der rechtlichen Kommunikation, da sie nicht die Entstehung des Rechts selbst bestimmen können. Durch die Festlegung spezifischer Kommunikations- und Auslegungsmittel kann jedoch die rechtliche Kommunikation und Interpretation in mittelbarer Weise an die Berücksichtigung semantischer Indizien gebunden werden. Beispiele hierfür wären Regeln, die vorschreiben, dass veröffentlichte Texte bei der Rechtsfindung einen besonderen indiziellen Stellenwert genießen.

Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass positivrechtliche Auslegungsregeln, zumindest jene unechter Art, als Verfassungsrecht im materiellen Sinne anzusehen sind. Eine allgemein anwendbare Auslegungsregel, die sowohl für Verfassungsnormen und gleichermaßen für

⁶²⁵ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung 348.

⁶²⁶ Vgl. dazu auch Wendehorst, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2011, 734.

⁶²⁷ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung 348; Näheres dazu unten bei IV.C.3.a.

⁶²⁸ Skeptisch gegenüber der rechtlichen Relevanz implizit kommunizierter Inhalt gibt sich Marmor, Can the Law Imply More than it Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech, in Marmor/Soames (Hrsg.), Philosophical Foundations of Language in the Law (2011) 83.

darunter stehendes Recht gilt, muss daher zwangsläufig „Verfassungsrecht [...] im formellen Sinn sein“⁶²⁹.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die österreichische Rechtsordnung Auslegungsregeln enthält, die der Semantik im System der rechtlichen Kommunikation eine besondere Bedeutung zuweisen.

2. Die Semantik in der österreichischen Rechtsordnung

Vorangestellt sei, dass das österreichische Verfassungsrecht keine expliziten Auslegungsregeln enthält.⁶³⁰ Diese Einschätzung wird auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur geteilt. Giacometti stellt fest, dass „für die Interpretation des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts [...] im allgemeinen [sic!] keine ausdrücklichen spezifischen Auslegungsregeln des Gesetzgebers“⁶³¹ existieren. Ebenso bemerkt Schäffer, dass „Lehre und Judikatur [...] nahezu einhellig der Auffassung [sind], daß [sic!] ausdrückliche Auslegungsvorschriften im Bereich des österreichischen Verfassungsrechts fehlen“⁶³². Walter hebt hingegen hervor, dass sich in der österreichischen Verfassung sehr wohl ungeschriebene, also implizit geregelte, Auslegungsregeln befinden.⁶³³ Diesbezüglich räumt auch Schäffer ein, dass positivrechtliche Auslegungsregeln unter Umständen „unausgesprochen vorausgesetzt sein“⁶³⁴ könnten.⁶³⁵

a. Publikationsvorschriften

Häufig werden die Bestimmungen über die Kundmachung gesetzlicher Vorschriften in der österreichischen Bundesverfassung (Art 48 f und 97 B-VG) als Auslegungsregeln

⁶²⁹ Walter, Bundesverfassungsrecht 87.

⁶³⁰ Vgl. Jabloner in Olechowsky/Zeleny 67: „Das positive Recht kann seine Auslegung regeln. Die Identifikation solcher Regeln kann allerdings Schwierigkeiten bereiten, da ihre explizite Formulierung nur im Ausnahmefall vorliegen wird.“; Siehe dazu auch Schick in FS Walter 626.

⁶³¹ Giacometti, Verwaltungsrecht 204.

⁶³² Schäffer, Verfassungsinterpretation 57.

⁶³³ Walter, Bundesverfassungsrecht 85.

⁶³⁴ Schäffer, Verfassungsinterpretation 194.

⁶³⁵ Nach Potacs, Rechtstheorie³ 159, gelten die allgemeinen Sprachgebrauchsregeln als implizit positiviertes Recht. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ergibt sich die rechtsnormative Geltung der Regeln der allgemeinen Kommunikationspraxis bereits aus dem zugrunde gelegten Begriff der rechtlichen Anordnung. Daher wurde das vorangehende Unterkapitel „Linguistischen Verantwortung im Recht“ thematisch der allgemeinen Kommunikationspraxis zugeordnet.

angesehen.⁶³⁶ Jabloner wertet die Publikationsvorschriften sogar als „wichtigste“⁶³⁷ unter den Auslegungsregeln.

Der rechtsstaatliche Grundgedanke hinter den Vorschriften über die Kundmachung liegt in dem Prinzip „der Publizität des Gesetzesinhaltes“⁶³⁸. Da der grundlegende „Zweck der Rechtsordnung darin besteht, den Menschen durch die Vorstellung der Norm zu einem normgemäßen Verhalten zu veranlassen“ ist der Gesetzgeber verpflichtet, „die Möglichkeit einer solchen Vorstellung zu geben“⁶³⁹. Wäre dem nicht so, so würde die zunächst die „Effektivität des Rechts“ leiden, vor allem aber wäre „der Einzelne staatlicher Willkür ausgesetzt“⁶⁴⁰. Thienel bringt die Funktion der Kundmachungsvorschriften in folgendem prägnanten Satz auf den Punkt:

„Rechtsvorschriften sollen das Verhalten ihrer Adressaten beeinflussen, und müssen diesen daher zur Kenntnis gebracht werden.“⁶⁴¹

Das Prinzip der Publizität erschöpft sich demgemäß in der gesetzgeberischen Verpflichtung, die epistemische Zugänglichkeit der von ihm erzeugten Rechtsnormen sicherzustellen.⁶⁴² Das zur Erfüllung dieser Verpflichtung dienende Verfahren besteht in modernen Rechtsstaaten regelmäßig in der breitenwirksamen Veröffentlichung sprachlicher Texte.⁶⁴³ Die Publikationsvorschriften gewährleisten also, dass Rechtsunterworfenen das vom Gesetzgeber vorgeschriebene Verhalten über *veröffentlichte Texte* vermittelt bekommen. Durch die Möglichkeit der Einsichtnahme in diese Texte werden sie in die Lage versetzt, sich entsprechend zu verhalten.⁶⁴⁴

⁶³⁶ Unter dem Begriff der Kundmachung kann mit *Kneihs*, Kundmachung, Geltung, Fehlerkalkül: Antrittsvorlesung, gehalten an der Paris Lodron Universität Salzburg am 15. November 2010 – erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung (2011) 3, eine „wie auch immer erfolgte *Verlautbarung*, also eine aus der Sphäre des Rechtsetzungsorgans *nach außen dringende* Enuntiation [kursiv im Original]“, verstanden werden.

⁶³⁷ *Jabloner* in Olechowsky/Zeleny 67.

⁶³⁸ Vgl. VfSlg 3130/1956; Vgl. auch *Posnik/Konrath* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte (2021) Art. 49 B-VG, Rz 1.

⁶³⁹ VfSlg 3130/1956; Vgl. *Grabenwarter/Frank* in Grabenwarter/Frank (Hrsg.), B-VG: Bundesverfassungsgesetz und Grundrechte (Stand 2020) Art 49, Rz 2; Vgl. auch *Posnik/Konrath* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht Art. 49 B-VG, Rz 1.

⁶⁴⁰ *Pürgy*, Verwaltung und parlamentarische Rechtsetzung (2020) 562; Vgl. auch *Irresberger*, Die Publikation von Rechtsvorschriften in Österreich, LeGes 2013, 141.

⁶⁴¹ *Thienel* in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar (1999) Art 48, 49 B-VG, Rz 1.

⁶⁴² Vgl. *Muzak* in Muzak (Hrsg.), B-VG: Bundesverfassungsrecht⁶ (2020) Art 49, Rz 3; *Pürgy*, Verwaltung 565.

⁶⁴³ *Thienel* in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 48, 49 B-VG, Rz 5.

⁶⁴⁴ Zur „rechtsstaatlichen Funktion der Kundmachung“ siehe auch *Wiederin*, Die Kundmachung von Rechtsvorschriften im Internet, in Gruber (Hrsg.), Die rechtliche Dimension des Internets (2001) 25 (32 ff).

Die den Kundmachungsvorschriften von der Lehre zugeschriebenen methodologisch relevanten Inhalte lassen sich in zwei Kategorien gliedern: Zum einen wird durch die Anordnung der Kundmachung bestimmter Rechtsnormen in Form eines in bestimmter Weise zu veröffentlichenden Textes ein primäres Auslegungsobjekt bestimmt. Zum anderen wird durch die Publikationsanordnung festgelegt, dass jeglicher zu kommunizierender normativer Sinngehalt über die Bedeutungen der jeweils veröffentlichten sprachlichen Mittel zu transportieren ist.

Zur ersten Kategorie methodologisch relevanter Inhalte meint Jabloner, dass die Publikationsvorschriften „die Heranziehung des publizierten Gesetzestextes zur Bestimmung der Absicht des Gesetzgebers“⁶⁴⁵ vorschreiben. Dies bedeutet für ihn, dass festgelegt wird, dass dem veröffentlichten Text eine „prioritäre“⁶⁴⁶ Rolle bei der Ermittlung des rechtsnormativen Inhalts zukommt.⁶⁴⁷ Auch nach Rill wird dem Rechtsinterpreten durch die Publikationsvorschriften auferlegt, seine Normhypothesen auf „Basis“⁶⁴⁸ publizierter Rechtstexte zu entwickeln. Die Publikationsvorschriften bestimmen somit, dass der veröffentlichte Rechtstext bei der rechtlichen Interpretation zwingend als Grundlage oder Ausgangspunkt heranzuziehen ist. Umgekehrt ist es dem Rechtsunterworfenen untersagt, Normhypothesen zu bilden, ohne den jeweils einschlägigen Rechtstext zu berücksichtigen.

Im Sinne der zweiten Kategorie methodologisch relevanter Inhalte der Kundmachungsvorschriften führt Rill an, dass ausschließlich „der authentische Text staatlicher Anordnungen den Sinn der Anordnungen zu transportieren hat“⁶⁴⁹. Der normative Gehalt einer rechtlichen Anordnung ist daher untrennbar mit dem publizierten Rechtstext verbunden. Rill betont, dass nur das, „was der authentische Text nach den Kommunikationsregeln als möglichen Sinn trägt, [...] vom Interpreten berücksichtigt werden [darf]“⁶⁵⁰. Diese Kommunikationsregeln umfassen seiner Auffassung nach auch das gesamte pragmatisch vermittelte Inhaltsspektrum.⁶⁵¹

⁶⁴⁵ *Jabloner* in Olechowsky/Zeleny 67.

⁶⁴⁶ Vgl. *Jabloner* in Olechowsky/Zeleny 68.

⁶⁴⁷ *Jabloner* in FS Neymayr 156 spezifiziert dies wie folgt: „Wenn diese [Auslegungsregel], wie das B-VG, grundsätzlich die schriftliche Kundmachung als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens vorsieht, so ist der Wortlaut nichts anderes als das erste Auskunftsmittel, um den Willen des Gesetzgebers festzustellen. Der Wortlaut ist somit zwar die primäre, aber keineswegs die einzige Quelle.“

⁶⁴⁸ *Rill*, ZfV 1985, 466.

⁶⁴⁹ *Rill*, ZfV 1985, 466.

⁶⁵⁰ *Rill*, ZfV 1985, 466-467.

⁶⁵¹ *Rill*, ZfV 1985, 467.

Ob sich aus jener durch die Publikationsvorschriften festgesetzten generellen Verbindung zwischen Text und normativem Sinngehalt Auswirkungen auf die Gewichtung semantischer und pragmatischer Auslegungsindizien ergeben, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

Potacs geht etwa davon aus, dass die Publikationsvorschriften moderner Rechtsstaaten dem „Schutz des Vertrauens auf eine gebührende Berücksichtigung einer semantischen Ausdrucksweise“⁶⁵² dienen. Die in den Publikationsvorschriften verankerte „Vertrauensschutzfunktion des semantischen Sinngehaltes“ spricht regelmäßig für den „Umkehrschluß [sic!] und gegen eine ‚Ergänzung‘ der semantischen Bedeutung einer Rechtsvorschrift durch Interpretation (etwa durch Analogie)“⁶⁵³. Potacs vertritt demnach die Ansicht, dass eine Gewichtungsregel existiert, die einen *relativen Vorrang der Semantik* bzw. eine *Vermutung zugunsten der semantikkonformen Interpretation* festlegt.

Walter vertritt eine noch stärkere Position. Seiner Auffassung nach haben die Publikationsvorschriften eine besondere Ausschlusswirkung. Die Kundmachung eines Rechtstextes verfolgt grundsätzlich das Ziel, „das, was ‚Gesetz‘ ist, allgemein bekannt zu machen“⁶⁵⁴. In der Folge gilt, dass alles „was nicht bekannt gemacht wird [...] nicht ‚Gesetz‘ sein“⁶⁵⁵ soll.

Für den Rechtsinterpreten genügt es daher nicht „zu zeigen, daß [sic!] etwas ‚Wille des Gesetzgebers‘ ist [...], sondern es [müsse ...] die entsprechende Norm auch [...] auf den förmlich publizierten Willen zurückgeführt werden“⁶⁵⁶. Nach Walter bedeutet dies, dass implizit kommunizierte Sinngehalte im Zweifel nicht Teil des Inhaltes einer Rechtsnorm werden. Kommt nämlich „das Gewollte in der Gesetzesform in keiner Weise zum Ausdruck [...] gilt das Kundgemachte“⁶⁵⁷.

⁶⁵² Potacs in FS Rill 573.

⁶⁵³ Potacs in FS Rill 574-575.

⁶⁵⁴ Walter, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in FS Klug (1983) 187 (195).

⁶⁵⁵ Walter in FS Klug 195.

⁶⁵⁶ Walter in FS Klug 195.

⁶⁵⁷ Walter in FS Klug 196; Vgl dazu Sailer, Die lex-lata-Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? Der OGH und die Grenzen der Analogie, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, 200 Jahre ABGB Evolution einer Kodifikation: Rückblick-Ausblick-Methode (2012) 135 (138), welcher folgendes meint: „Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen steht es Gerichten gut an, im Zweifel zum *argumentum e contrario* zu greifen [... kursiv im Original].“.

In Anlehnung an Walter vertritt auch Muzak die Auffassung, dass die Publikationsvorschriften festlegen, dass dem semantischen Inhalt kundgemachter Texte „im Rahmen der Interpretation vorrangige Bedeutung“⁶⁵⁸ zukommen muss. Für ihn „[unterläuft] eine Interpretation von Rechtsvorschriften, die sich über den Wortlaut hinwegsetzt, [...] den dem Kundmachungsgebot immanenten Sinn“⁶⁵⁹.

Eine weitere Bedeutung der Kundmachungsvorschriften im Hinblick auf die Gewichtung zwischen Semantik und Pragmatik ergibt sich aus der vom VfGH vertretenen und von der Lehre rezipierten Ansicht, dass eine Rechtsvorschrift sprachlich verständlich sein muss.⁶⁶⁰ Der Gesetzgeber ist verpflichtet, seine Vorschriften „in klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis“⁶⁶¹ zu bringen. Insbesondere soll er, dem sogenannten „Denksportserkenntnis“ zufolge, eine Rechtsvorschrift mit einem „Mindestmaß [sic!] an Verständlichkeit“ ausstatten, sodass diese nicht bloß „mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben überhaupt verstanden werden kann“⁶⁶².

Für Tomandl folgt aus dieser Auslegungsvariante der Kundmachungsvorschriften zwar nicht, dass „der Gesetzgeber [daran] gehalten [ist], die beste, die am leichtesten verständliche oder mit dem geringsten Aufwand zugängliche Form der Gesetzgebung zu verwirklichen“⁶⁶³. Sehr wohl lässt sich daraus jedoch ableiten, dass vom Gesetzgeber ein „erkennbare[s] Bemühen, den Normunterworfenen Text und Inhalt seiner Normen nahezubringen“⁶⁶⁴ gefordert werden kann.

⁶⁵⁸ Muzak in Muzak, B-VG⁶ Art 49, Rz 3.

⁶⁵⁹ Muzak in Muzak, B-VG⁶ Art 49, Rz 3.

⁶⁶⁰ Thienel in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 48, 49 B-VG, Rz 5.

⁶⁶¹ VfSlg 3130/1956.

⁶⁶² VfGH 29.06.1990, G 81/90-11; Für Jabloner, Das „Denksporterkenntnis“ des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in Olechowski/Zeleny (Hrsg), Clemens Jabloner. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 47 (48, 51) ist das Denksporterkenntnis des VfGH aus interpretativen Gesichtspunkten nicht haltbar. Zum einen sei es „offensichtlich“, dass die „Schwerverständlichkeit des Gesetzesinhaltes nicht mehr in einen Zusammenhang mit den Kundmachungsvorschriften der Art. 49 und 97 B-VG gebracht werden kann“. Der VfGH hat seiner Meinung zufolge das Erfordernis der Verständlichkeit „zur Gänze aus dem Baugesetz der Rechtsstaatlichkeit selbst gewonnen“. Die Ableitung eines Verständlichkeitsgebotes aus dem rechtsstaatlichen Prinzip sei schließlich aber unzulässig, da „Grundprinzipien primär die Funktion haben, besonders wichtige verfassungsrechtliche Vorschriften mit erhöhter Bestandsgarantie auszustatten und [bloß] sekundär als Interpretationsmaximen bei der Auslegung der Verfassungsbestimmungen dienen, wenn ein Interpretationsrahmen gegeben ist“.

⁶⁶³ Tomandl, Die Zugänglichkeit von Normen als verfassungsrechtliches Problem, ZAS 1990, 181.

⁶⁶⁴ Tomandl, ZAS 1990, 181.

Der Gesichtspunkt der *Verständlichkeit* legt im Hinblick auf die kommunikativen Indizienkategorien der Semantik und der Pragmatik zunächst nahe, dass der Semantik aufgrund ihrer unmittelbaren Textgebundenheit eine vorrangige interpretative Stellung zukommt. Insbesondere stellt die Semantik in ihrer Ausprägung als Gemeinsprache ein weit verbreitetes Mittel zwischenmenschlicher Kommunikation dar. Sie ist daher in besonderer Weise zur Vermittlung rechtlicher Anordnungen geeignet. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die konventionell festgelegten Bedeutungen der Semantik durch ihre wissenschaftliche Erschließung (etwa im Rahmen der Korpuslinguistik⁶⁶⁵) einem vergleichsweise guten intersubjektiv-epistemischen Zugang unterliegen.

Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass sich der Gesetzgeber häufig der juristischen Fachsprache bedient, deren (überwiegend) einwandfreie Verständlichkeit primär auf die juristische Berufsgruppe beschränkt ist.⁶⁶⁶ Die Verwendung einer solchen Fachsprache erscheint angesichts historisch gewachsener juristischer Konventionen, der Notwendigkeit begrifflicher Präzision und der Komplexität rechtlicher Regelungsgegenstände als unvermeidlich. Dem Gesetzgeber kann daher nicht unterstellt werden, durch die Kundmachungsvorschriften auf die Verwendung juristischer Fachsprache verzichten zu müssen.

Auch ist in diesem Zusammenhang aber auf die bereits erwähnte⁶⁶⁷ „sprachökonomische Funktion“⁶⁶⁸ der Pragmatik hinzuweisen. Situationell entstehende pragmatische Indizien tragen in entscheidender Weise zur Verständlichkeit sprachlicher Äußerungen bei. Allzu lange oder komplizierte semantische Formulierungen stehen der Verständlichkeit und somit der störungsfreien Informationsübermittlung häufig im Weg. Unsere allgemeine kommunikative Praxis folgt überdies der Regel, dass sich ein kommunikatives Gegenüber lediglich jener semantischen Mittel bedienen soll, die zur Übermittlung des intendierten Sinngehalts erforderlich sind.⁶⁶⁹ Der restliche Teil des Inhalts wird effektiv durch pragmatische Indizien vermittelt. Das Prinzip der Verständlichkeit von Rechtsvorschriften

⁶⁶⁵ Siehe dazu oben IV.B.1.

⁶⁶⁶ Siehe dazu oben II.F.3.

⁶⁶⁷ Siehe dazu oben IV.B.2.

⁶⁶⁸ *Potacs*, ZöR 2024, 15.

⁶⁶⁹ Zur sogenannten *Maxime der Quantität* siehe II.E.4.

verlangt demgemäß in gewissem Maß sogar eine pragmatische Untermauerung semantischer Bedeutungen.

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich somit ein differenziertes Bild hinsichtlich der methodologischen Bedeutung der Kundmachungsvorschriften. Einerseits ist die Annahme eines Gebots der engen inhaltlichen Verbindung zwischen normativem Inhalt und veröffentlichtem Text gut begründet. Dies folgt aus dem Zweck der Kundmachung. Was publiziert werden soll, ist die Rechtsnorm. Fehlt jede Verbindung zwischen dem normativen Inhalt und dem Text, wäre auch die Kundmachung sinnlos. Ebenso ist die von Teilen der Literatur angenommene Vertrauensschutzfunktion semantischer Bedeutung nachvollziehbar. Semantische Bedeutungen sind die am besten dokumentierten und epistemisch verlässlichsten Indizien für den normativen Sinngehalt einer Rechtsvorschrift. Aus diesem Grund erscheint eine primäre interpretative *Vermutung zugunsten der Semantik* plausibel.

Andererseits geht im Lichte der Funktion der Kundmachungsvorschriften hervor, dass auch das Erfordernis der Verständlichkeit veröffentlichter Rechtsvorschriften zentral ist. Der Gesetzgeber hat daher ihre Zugänglichkeit und ihre Fähigkeit, den Normunterworfenen handlungsbezogene Orientierung zu bieten, zu wahren. Aufgrund der sprachökonomischen Bedeutung der Pragmatik ist aus dieser Anforderung sogar ein allfälliges *Gebot der Beachtung pragmatischer Indizien* abzuleiten.

Kommunikationstheoretisch betrachtet bilden Semantik und Pragmatik eine Einheit. Ein Abgehen von dieser Realität führt zwangsläufig zu einer Beeinträchtigung der kommunikativen Effizienz. Aus diesem Grund lässt sich aus den Kundmachungsvorschriften keinesfalls ein Ausschluss normativer Inhalte ableiten, die über die Semantik einer Rechtsvorschrift hinausgehen. Vielmehr begründen sie allenfalls eine Vermutung zugunsten der Semantik, jedenfalls aber eine Maxime der Verständlichkeit, auf deren Grundlage dem Gesetzgeber unterstellt werden darf, dass er sich sprachökonomisch fundiert ausdrückt.

b. Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG „[bildet] einen zentralen Baustein in [...] [der] rechtsstaatlichen und demokratischen Konzeption“⁶⁷⁰ der österreichischen Bundesverfassung. Ausdrücklich enthält Art 18 Abs 1 B-VG zunächst einen an die Verwaltung gerichteten Gesetzesvorbehalt. Demnach dürfen Verwaltungsorgane nicht eigeninitiativ handeln, sondern ausschließlich *auf Grund* gesetzlicher Vorgaben tätig werden.

Die rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips bezweckt die Bindung der Verwaltung „an das allgemeine, jedermann bekannte Gesetz“ und seine demokratische Funktion dient der „Unterwerfung der Vollziehung unter den in der feierlichen Form des Gesetzes erklärten Willen des Volkes“⁶⁷¹. Darüber hinaus erkennt die herrschende Lehre und die ständige Rechtsprechung der öffentlichen Gerichtsbarkeit in Art 18 Abs 1 B-VG ein „an die Gesetzgebung gerichtetes Determinierungsgebot“⁶⁷².

Dieses Determinierungsgebot (oder auch Bestimmtheitsgebot), verpflichtet den Gesetzgeber zur Einhaltung gewisser „Mindestanforderungen hinsichtlich des Ausmaßes gesetzlicher Vorherbestimmung der Verwaltung“⁶⁷³. Es verlangt sohin, eine „ausreichend formelle und materielle Vorherbestimmung von Verwaltungstätigkeiten“⁶⁷⁴. Zielsetzung ist es, dass der Verwaltung durch eine ausreichend determinierte Gesetzgebung „keine wesentliche Entscheidung mehr zu treffen übrig bleibt“⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ Rill in Kneihls/Lienbacher, Rill/Schäffer Kommentar: Bundesverfassungsrecht (2001) Artikel 18 B-VG, 4.

⁶⁷¹ Antoniolli, Probleme um das Legalitätsprinzip: Vortrag gehalten vor der Niederösterreichischen Juristischen Gesellschaft am 10. Dezember 1973 in St. Pölten, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft (1974) 1 (7-8); Vgl auch Eberhard, Die Bedeutung des Legalitätsprinzips im Wirtschaftsrecht, ZfV 2013, 727 (728).

⁶⁷² Rill in Kneihls/Lienbacher, Rill/Schäffer Kommentar, Art 18 B-VG, 5; Siehe auch Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) 156; Rill, Gesetzgebung im demokratischen Rechtsstaats, in Holoubek/Gutknecht et al (Hrsg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates: Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek (2002) 73 (74) meint diesbezüglich, dass „ein an die Verwaltung gerichtetes Gebot, die Gesetze zu beachten, entbehrlich ist“ und somit Art 18 Abs 1 B-VG näher festlegt „wie die Verwaltung verfassungsmäßigerweise auszuüben ist“; Vgl auch Rill, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Wenger (1983) 57 (58); Gegen die hM äußert sich Raschauer, Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Wirtschaftsrecht, in Rill-FS (1995) 515 (516); Kritisch gegenüber der determinierungsbezogenen Auslegung des Art 18 Abs 1 B-VG ist auch Mörtz, Das Legalitätsprinzip: Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (2020) 177 ff.

⁶⁷³ Rill in Kneihls/Lienbacher, Rill/Schäffer Kommentar Art 18 B-VG, 27; Vgl Rill in Holoubek/Gutknecht et al 76.

⁶⁷⁴ Korinek, Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht, JBl 1991, 409 (411).

⁶⁷⁵ Wiederin, Ihr Recht geht vom Volk aus: Rechtsstaatliche Demokratie nach 90 Jahren Bundesverfassung, in Vortragsveranstaltung des Österreichischen Juristentages 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung 7. September 2010 (2010) 15 (20).

Welche konkreten rechtsetzungstechnischen und methodologischen Auswirkungen das Determinierungsgebot mit sich bringt, bleibt in der bisherigen Judikatur und Literatur vielfach unklar. Vor allem die Frage „worin Determinierung eigentlich besteht“ ist bislang unzureichend geklärt. Zuletzt hat sich Krempelmeier intensiv mit dieser Frage beschäftigt.⁶⁷⁶ Für diesen enthält das Determinierungsgebot zwei normative Komponenten: Zum einen ein Selbstentscheidungsgebot im Sinne eines gesetzgeberischen Delegierungsverbotes und zum anderen ein rechtsetzungstechnisches Deutlichkeitsgebot.⁶⁷⁷

Gerade Krempelmeiers Ausführungen zum Deutlichkeitsgebot tangieren die im Rahmen dieses Kapitels zu behandelnde Frage nach der Gewichtung semantischer und pragmatischer Auslegungskriterien.⁶⁷⁸ Seiner Meinung zufolge impliziert das Determinierungsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG die gesetzgeberische Verpflichtung Normen „auf zumutbare Weise“ und mit einem „gewisse[n] Maß an *Deutlichkeit* [kursiv im Original]“⁶⁷⁹ zu vermitteln. Im speziellen verknüpft Krempelmeier den Begriff der Deutlichkeit mit dem der Methodenkompetenz. Er führt an, dass die Deutlichkeit einer Vorschrift vom „Aufwand“ und der „Methoden- und Sachkompetenz“ abhängig ist, die „zur Ermittlung ihres Inhalts nötig“⁶⁸⁰ sind. Sprengt der methodische Aufwand bei der Inhaltsermittlung einen gewissen Rahmen der *Zumutbarkeit*, so verstößt eine Rechtsvorschrift gegen das Deutlichkeitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG.⁶⁸¹

Diese Zumutbarkeitsanforderung hat auch Auswirkungen auf das gebotene Verhältnis zwischen semantischen und pragmatischen Auslegungskriterien. So könnte zunächst ein Vorrang semantischer Kriterien angenommen werden, da diese eine allgemein zugängliche Kommunikationsform darstellen und durch ihre Fixierung im publizierten Rechtstext ein erhöhtes Maß an Verlässlichkeit aufweisen. In diesem Sinne spricht Krempelmeier „von

⁶⁷⁶ Siehe Krempelmeier, Das Bestimmtheitsgebot als Determinierungs- und Deutlichkeitsgebot (2025); Krempelmeier, Zwei Komponenten des Bestimmtheitsgebotes, JRP 2022, 316.

⁶⁷⁷ Zum Selbstentscheidungsgebot siehe Krempelmeier, Bestimmtheitsgebot, 49 ff; Zum Deutlichkeitsgebot siehe Krempelmeier, Bestimmtheitsgebot, 113 ff.

⁶⁷⁸ Der normative Zweck des Deutlichkeitsgebots besteht laut Krempelmeier, Bestimmtheitsgebot 114, aus der Sicherstellung bestimmter „Konventionen über die Bedeutung sprachlich getroffener Anordnungen“ hinsichtlich des „Kommunikationsverhältnis[ses] zwischen dem Normsetzer und den Rechtsunterworfenen“.

⁶⁷⁹ Krempelmeier, JRP 2022, 322-323.

⁶⁸⁰ Krempelmeier, Bestimmtheitsgebot, 116.

⁶⁸¹ Krempelmeier, Bestimmtheitsgebot, 117.

einem zumindest prima facie bestehenden Spannungsverhältnis zwischen Analogie und dem Bestimmtheitsgebot als Determinierungsgebot“.⁶⁸²

Auch Potacs hebt in diesem Zusammenhang die enge Verbindung des Determinierungsgebots mit vertrauensschutzbezogenen Elementen der Semantik hervor. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist der funktionale Zusammenhang zwischen dem Determinierungs- und dem Kundmachungsgebot. So meint er, „dass die gemäß Art 18 B-VG geforderte Bindung an das Gesetz und das daraus abzuleitende Determinierungsgebot in einem engen Zusammenhang mit den Publikationsvorschriften der Art 49 und 97 B-VG stehen“⁶⁸³. Diese Verbindung liegt in der gemeinsamen Zielsetzung, die „Vorhersehbarkeit und Überprüfbarkeit staatlichen Handelns“⁶⁸⁴ zu gewährleisten. Determinierungsgebot und Kundmachungsvorschriften erfüllen damit zentrale rechtsstaatliche Funktionen, deren gemeinsames Ziel in der Sicherung der allgemeinen Transparenz staatlicher Rechtsakte besteht.

Um diesen rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht zu werden, sollte der Gesetzgeber ein Kommunikationsmittel wählen, dass der Vorhersehbarkeit und der Überprüfbarkeit staatlichen Handelns dient. Da semantische Indizien sich durch besondere Nachvollziehbarkeit und Allgemeinbekanntheit auszeichnen, liegt es nahe, dass das Determinierungsgebot den Gesetzgeber anweist, der Semantik besondere Bedeutung zuzumessen. Nach Auffassung von Potacs kommt der Semantik auch im Rahmen des Determinierungsgebotes daher eine „Vertrauensschutzfunktion“⁶⁸⁵ zu. Die Wahrung dieser Funktion verlangt, dass der Gesetzgeber seinen Willen klar innerhalb der von ihm verwendeten semantischen Bedeutungen zum Ausdruck bringt. Dies ermöglicht es, dem Gesetzgeber „mit hoher Plausibilität“⁶⁸⁶ den Willen zuzuschreiben, im Rahmen der von ihm verwendeten semantischen Bedeutungsgehalte verstanden werden zu wollen.

Potacs argumentiert somit, dass das Determinierungsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG implizit die Beachtung der Vertrauensschutzfunktion semantischer Sinngehalte fordert. Vor diesem Hintergrund betont Potacs schließlich, dass sich „aus dem verfassungsrechtlichen

⁶⁸² Krempelmeier, Bestimmtheitsgebot, 147.

⁶⁸³ Potacs, Auslegung und Legalitätsprinzip, ZfV 2015, 230 (231).

⁶⁸⁴ Potacs, ZfV 2015, 231; Vgl auch Eberhard, ZfV 2013, 228, der meint, dass das Legalitätsprinzip „das Verwaltungshandeln [...] im Sinne der grundrechtlichen Freiheitssicherung für die einzelnen betroffenen Personen vorhersehbar und berechenbar“ machen will.

⁶⁸⁵ Potacs, ZfV 2015, 232.

⁶⁸⁶ Potacs in FS Rill 572.

Legalitätsprinzip [...] auch ein gewisser Vorrang der Wortsinninterpretation [...] ableiten [lässt]“⁶⁸⁷. Wutscher unterstützt diese Sichtweise und folgert, dass rechtliche „„Determinierung“ [...] primär über den Normtext (die Semantik)“⁶⁸⁸ erfolgt.

Abgeschwächt wird dieser Vorrang der Semantik nach Potacs wiederum durch sprachökonomische Erwägungen.⁶⁸⁹ Ihm zufolge darf „das Bestreben des Gesetzgebers um semantische Klarheit und Präzision auch in rechtstaatlichen Ordnungen nicht überwertet werden“⁶⁹⁰. Denn auch im rechtlichen Kontext stützt sich die kommunikative Interaktion maßgeblich auf pragmatische Indizien. Mit ihrer Hilfe werden „aufwendige semantische Formulierungen [vermieden], die den rechtsstaatlichen Anforderungen an Klarheit und Übersichtlichkeit durchaus zuwiderlaufen können“. Überdies kann die Pragmatik oftmals in gleicher Weise wie die Semantik „eine hohe Überzeugungskraft besitzen und den Sinngehalt einer Vorschrift deutlich zum Ausdruck bringen“⁶⁹¹.

Wie schon bei den Kundmachungsvorschriften zeigt sich auch bei der näheren Betrachtung der methodologischen Stoßrichtung des Art 18 Abs 1 B-VG eine Zweigleisigkeit zwischen dem Vertrauen auf objektiv feststellbare und formal verankerte Inhalte und den Anforderungen an Verständlichkeit und Deutlichkeit gesetzgeberischer Rechtsetzungsakte.

Der Aspekt des Vertrauensschutzes des Art 18 Abs 1 B-VG gebietet zunächst eine enge Verbindung zwischen dem normativen Gehalt einer Regelung und den formalen Voraussetzungen des Gesetzgebungsverfahrens. Besonders hervorzuheben ist hierbei die inhaltliche Kopplung der Norm an den veröffentlichten Gesetzestext. Die darin enthaltenen semantischen Bedeutungen stellen sohin verlässlich dokumentierte und gut nachvollziehbare Indizien für den gesetzgeberischen Willen dar. Aus diesem Grund kann von einer *primären interpretativen Vermutung zugunsten der Semantik* bzw *semantikkonformen Interpretation* ausgegangen werden.

Demgegenüber lässt der aus Art 18 Abs 1 abgeleitete Aspekt der Deutlichkeit die sprachökonomische Komponente semantischer und pragmatischer Indizien hervorleuchten.

⁶⁸⁷ Potacs, ZfV 2015, 232.

⁶⁸⁸ Wutscher, Rechtsirrtum und Determinierungsgebot, ÖZW 2021, 134 (136).

⁶⁸⁹ Siehe dazu bereits IV.C.3.a.

⁶⁹⁰ Potacs, ZfV 2015, 233.

⁶⁹¹ Potacs, ZfV 2015, 233.

Zwar ist davon auszugehen, dass vom Gesetzgeber die Einhaltung eines Mindestmaßes an semantischer Klarheit gefordert wird. Ein übermäßiger rechtsetzungstechnischer Fokus auf semantische Präzision führt jedoch zu unnötig langen, komplizierten und missverständlichen Formulierungen, die nicht den Deutlichkeitsanforderungen gerecht werden. In diesem Sinne beinhalten die aus Art 18 Abs 1 B-VG ableitbaren Deutlichkeitsvoraussetzungen implizit auch ein gewisses *Gebot der Verwendung als auch der Beachtung pragmatischer Indizien*.

c. Gleichheitsgrundsatz

Eine interessante Verbindung zur Rolle der Semantik im Verfahren der Rechtsinterpretation ergibt sich auch aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG.

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz enthält zwar in erster Linie ein „allgemeines Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierungen“⁶⁹². Es wird diesem in der Literatur aber auch eine spezifische „rechtsstaatliche Komponente“⁶⁹³ zugeschrieben, wonach der Staat dem Einzelnen in fairer und nicht willkürlicher Weise zu begegnen hat. In diesem Sinne ist der Staat angehalten, den Rechtssubjekten, soweit als möglich, „auf gleicher Augenhöhe“⁶⁹⁴ zu begegnen. Daraus erwachsen Anforderungen an die Gesetzgebung, wonach Rechtsnormen bestimmten „intersubjektiv nachvollziehbaren Maßstäben“⁶⁹⁵ entsprechen müssen. Diese Maßstäbe lassen sich kommunikationstheoretisch so verstehen, dass gesetzliche Regelungen klar und präzise formuliert sein müssen. Der Gleichheitssatz impliziert somit ein Gebot objektiver Verständlichkeit von Rechtsvorschriften.

Diese Auslegung des Gleichheitssatzes findet sich besonders deutlich bei Pöschl wieder. Sie betont, dass eine „Norm, deren Inhalt nur mit unzumutbarem Aufwand erkennbar ist“⁶⁹⁶, nur schwer mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz vereinbar sei. Ihrer Ansicht nach „[schaffen] derartige Normen [...] ein elitäres Recht, das nicht jedem, sondern nur dem zugänglich ist, der über den nötigen Sachverstand, die richtigen Beziehungen oder

⁶⁹² Holoubek in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2018) Art 7/1 S 1,2, Rz 18.

⁶⁹³ Holoubek in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 7/1 S 1,2, Rz 68.

⁶⁹⁴ Holoubek in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 7/1 S 1,2, Rz 68.

⁶⁹⁵ Holoubek in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 7/1 S 1,2, Rz 68.

⁶⁹⁶ Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 780.

Informationsquellen und damit über die erforderlichen ökonomischen Voraussetzungen verfügt“⁶⁹⁷.

Da Rechtsnormen regelmäßig Verhaltenspflichten enthalten und bei deren Nichteinhaltung Sanktionen drohen, sei „auch an ihre Verständlichkeit ein strengerer Maßstab [anzulegen]“⁶⁹⁸. Zu berücksichtigen sei jedoch auch, dass in facettenreichen Lebensbereichen eine gewisse rechtsetzungstechnische Komplexität und ein damit verbundenes Maß an Schwerverständlichkeit unvermeidlich ist. In solchen Fällen „kann dem Rechtsunterworfenen auch zugemutet werden, dass er sich vom Inhalt dieser Normen, allenfalls auch nach entsprechender fachlicher Beratung, Kenntnis verschafft und sein Verhalten danach ausrichtet“⁶⁹⁹.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere die vom VwGH entwickelte und vom Schrifttum rezipierte Auffassung einer sogenannten *Erkundungspflicht*.⁷⁰⁰ Diese verpflichtet Rechtssubjekte zu einer „Objektivierung der eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen“⁷⁰¹, etwa bei der zuständigen Verwaltungsbehörde. Insbesondere bei sachverhaltsbezogen komplexen Materien entspricht es nach Ansicht des VwGH der gebotenen Sorgfalt, geeignete Auskünfte einzuholen.⁷⁰² Der Umgang mit unklaren Rechtsvorschriften verlangt daher eine Orientierung an den Auffassungen kompetenter Stellen.

Ob eine bestimmte Norm dem aus Art 7 Abs 1 B-VG abgeleiteten Verständlichkeitsgebot entspricht, ist also stets im Wege einer einzelfallbezogenen Abwägung zu prüfen. Weicht der normative Gehalt einer Rechtsvorschrift in erheblichem Maße von ihrer veröffentlichten semantischen Bedeutung ab, ist ihre korrekte Anwendung zwar in der Regel nur mit interpretativem Aufwand möglich. Doch auch eine rechtsetzungstechnisch einseitige Betonung semantischer Indizien kann die Verständlichkeit von Rechtsvorschriften beeinträchtigen. Die sprachökonomische Funktion der Pragmatik darf daher nicht unberücksichtigt bleiben. Im methodologischen Kontext des Art 7 Abs 1 B-VG ergibt sich

⁶⁹⁷ Pöschl, Gleichheit 780.

⁶⁹⁸ Pöschl, Gleichheit 781.

⁶⁹⁹ Pöschl, Gleichheit 781.

⁷⁰⁰ Siehe dazu VwGH 29.04.2025, Ro 2024/11/0002; 18.12.2024, Ra 2022/13/0056; 09.03.2021, Ra 2019/04/0143; 07.05.2020, Ra 2018/04/0146; Vgl auch Kolonovits/Muzak/Stöger, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts¹² (2024) Rz 1013; Wutscher, ÖZW 2021, 137.

⁷⁰¹ VwGH Ra 2022/13/0056; 09.03.2021.

⁷⁰² Zuletzt VwGH 21.09.2018, Ra 2017/17/0933; 21.06.2017, Ro 2016/03/0011.

daraus keine kategorische Priorität der Semantik, sondern lediglich eine *prima facie-Vermutung* zugunsten der semantikkonformen Interpretation einer Rechtsvorschrift.

Das aus Art 7 Abs 1 B-VG ableitbare Verständlichkeitsgebot ist überdies im Licht des Verbots unsachlicher Differenzierungen zu verstehen. Eine konkret gegebene Unverständlichkeit einer Rechtsvorschrift wäre demnach nur dann gleichheitswidrig, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt ist. Dagegen begründen Unklarheiten, die sich aus der Komplexität des Regelungsgegenstands oder aus der Beschaffenheit der Materie notwendigerweise ergeben, keinen Verstoß gegen Art 7 Abs 1 B-VG. Ebenso kann das Verständlichkeitsgebot nicht als generelles Verbot juristischer Fachsprache verstanden werden. Auch deren Verwendung ist, vor dem Hintergrund der notwendigen Konventionalisierung rechtlicher Begriffe und Zusammenhänge, sachlich gerechtfertigt.

Eine Diskrepanz zwischen semantischem und normativem Gehalt, die die allgemeine Verständlichkeit der Rechtsnorm beeinträchtigt, kann jedoch dann gegen den Gleichheitssatz verstoßen, wenn keine sachliche Rechtfertigung für die Unklarheit besteht. Da eine kommunikative Überbetonung der Semantik die Verständlichkeit sprachlicher Äußerungen nicht fördert, kann ihr im Rahmen einer kommunikationstheoretischen Betrachtung aber lediglich ein *prima facie*-Vorrang eingeräumt werden. Der Gleichheitsgrundsatz verlangt lediglich, dass der Gesetzgeber seinen Regelungswillen innerhalb der von ihm verwendeten semantischen Ausdrucksmittel vermittelt, soweit dies der allgemeinen Verständlichkeit und einer sachgerechten Erfassung der Materie dient. Aus Art 7 B-VG ergibt sich somit keine starre Bindung an den Wortsinn, wohl aber eine einzelfallbezogene Verpflichtung, die Vertrauensschutzfunktion der Semantik angemessen zu berücksichtigen.

Art 7 Abs 1 B-VG begründet kein Verbot pragmatischer Interpretationsmethoden, sondern setzt deren ergänzenden Beitrag zur Verständlichkeit von Rechtsvorschriften vielmehr voraus. Im Verwaltungsrecht gilt dies umso eher angesichts der öffentlich-rechtlichen Erkundigungspflicht, deren Existenz nahelegt, dass pragmatische Interpretationsmethoden als zulässig und methodologisch geboten anzusehen sind.

Auch im Rahmen der methodologischen Betrachtung des Art 7 Abs 1 B-VG ist also von einer bloßen interpretativen Vermutung zugunsten der semantischen Bedeutungen von

Rechtsvorschriften auszugehen. Diese Vermutung ist nicht absolut und kann durch beweiskräftige pragmatische Indizien widerlegt werden.

d. Nulla poena sine lege

Der in Verfassungsrang stehende Art 7 Abs 1 EMRK ist eine grundrechtliche Festlegung des Prinzips *nullum crimen* bzw. *nulla poena sine lege*. Inhaltlich bringt dieses Prinzip primär ein Rückwirkungsverbot für strafrechtliche Tatbestände zum Ausdruck. Es besagt, dass ein Rechtssubjekt nur für solche Taten bestraft werden darf, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung einem gesetzlich normierten Straftatbestand unterlagen. Art 7 Abs 1 EMRK wird daher als Ausdruck eines „strenge[n] [...] allgemeinen rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgedankens“⁷⁰³ verstanden. Rechtsunterworfenen dürfen demgemäß darauf vertrauen, ausschließlich aufgrund rechtlich geltender Strafvorschriften zur Verantwortung gezogen zu werden.

Neben dem Rückwirkungsverbot werden infolge teleologischer Überlegungen noch weitere rechtliche Anforderungen aus Art 7 Abs 1 EMRK abgeleitet. So wird etwa ein an den Gesetzgeber adressiertes *Klarheitsgebot* für die Gestaltung von Straftatbeständen erschlossen, welches verlangt, dass strafrechtliche Rechtsvorschriften klar und verständlich formuliert sein müssen.⁷⁰⁴ Die Adressaten einer strafrechtlichen Bestimmung sollen danach *vorrangig* aufgrund des publizierten Textes nachvollziehen können, welches Verhalten verboten ist und welche Sanktion ihnen bei Nichteinhaltung droht. Dadurch wird es für Rechtssubjekte effektiv vorhersehbar, welche Handlungen strafrechtlich relevant sein sind.⁷⁰⁵

Nach herrschender Meinung enthält Art 7 Abs 1 EMRK auch ein sogenanntes an die Vollziehung gerichtetes *Analogieverbot*.⁷⁰⁶ Dieses besteht aus der Anordnung, dass einem Rechtsunterworfenen bloß jene Strafbegehungen vorgeworfen werden dürfen, deren Inhalte sich aus der ausdrücklichen Bedeutung bestimmter Rechtsvorschriften ergeben, oder

⁷⁰³ Kofler-Schlögl, Grundrechte im Verwaltungsstrafrecht, in Raschauer/Wessely, Kommentar zum VStG – Verwaltungsstrafgesetz³ (2023) Rz 22, zitiert nach Kadelbach, Kapitel 15: Keine Strafe ohne Gesetz, in Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Band I³ (2022) Rz 26.

⁷⁰⁴ Berka, Verfassungsrecht⁷ 573 f; Lewisch in Kneihs/Lienbacher, Rill/Schäffer Kommentar: Bundesverfassungsrecht (2006) Artikel 7 MRK, 32ff.

⁷⁰⁵ Vgl Thienel in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999) Art 7 EMRK, Rz 10; Golser, Art 7 EMRK und die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung, JBl 2022, 549 (551).

⁷⁰⁶ Lewisch in Kneihs/Lienbacher, Rill/Schäffer Kommentar, Art 7 MRK, 36 ff; Thienel in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 16; Vgl auch Potacs in Torggler/Kodek et al 71.

zumindest nicht über deren inhaltlichen Rahmen hinausgehen.⁷⁰⁷ Das Analogieverbot des Art 7 Abs 1 EMRK kann also als verfassungsrechtlich gewährleisteter „Schutz vor [jenen] Schuldsprüchen und Sanktionen“ begriffen werden, „die nach dem Wortlaut der Norm nicht vorhergesehen werden konnten“⁷⁰⁸ und sich gänzlich über diesen hinwegsetzen. Dabei wird in der Regel davon ausgegangen, dass das strafrechtliche Analogieverbot bloß zugunsten des potentiellen Straftäters gilt. Eine Analogie darf nicht *in malam partem* angewandt werden.⁷⁰⁹

Gemäß der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre gelten die aus Art 7 Abs 1 EMRK abgeleiteten Vertrauensschutzgebote auch im Bereich des Verwaltungsstrafrechts. Zwar wird in § 1 Abs 1 VStG in wortwörtlicher Manier bloß ein Rückwirkungsverbot verankert, doch ergibt sich nach Lewisch aus der sogenannten „Orientierungsfunktion der Strafgesetze“, welche durch den „teleologischen Gesamtzusammenhang der Regelung“⁷¹⁰ zum Ausdruck kommt, auch hier ein Klarheits- und ein Analogieverbot. In diesem Sinne gehen Potacs und Griller davon aus, dass das „Analogieverbot für das Verwaltungsstrafrecht [...] möglicherweise selbst nur mit einem Analogieschluß [sic!] [...] jedenfalls aber nur mit den Mitteln der Pragmatik, nicht aber jenen der Semantik der geltenden Rechtsordnung zu entnehmen [ist]“⁷¹¹.

Aus der in § 1 Abs 1 VStG festgehaltenen Orientierungsfunktion folgt überdies das allgemeine Gebot, dass „schon der Sprachkundige, nicht erst der Rechtskundige [...] die Grenzen des strafrechtlich Verbotenen - und damit umgekehrt die Grenzen der bürgerlichen Freiheit - verlässlich bestimmen können [soll]“⁷¹². In Verbindung mit dem funktionell verbundenen Gedanken der „Vorhersehbarkeit“⁷¹³ ergibt sich daraus die grundsätzliche Verpflichtung des Verwaltungsrechtsgesetzgebers, seinen Willen innerhalb der Grenzen semantischer Bedeutungen zu kommunizieren. Dementsprechend wird angenommen, dass

⁷⁰⁷ Vgl. Rüthers/Höpfner, Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode, JZ 2005, 21 (21 f); Schmidt, VerwArch 2006, 152; Krey, Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“ (1983) 71: „Das Verbot strafbegründender bzw. -schärfender richterlicher Entscheidungen außerhalb des Rahmens bloßer Anwendung von nach ihrem Wortlaut und Sinn einschlägigen Strafgesetzen.“.

⁷⁰⁸ Schick, Das Öffentliche Recht im Spiegel des Strafrechts, ZÖR 2010, 573 (584).

⁷⁰⁹ Schick in FS Walter 636; Thienel in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK, Rz 16; Näheres das Analogieverbot „in malam partem“ im Bereich des Verwaltungsstrafrechts bei Griller/Potacs in Vetter/Potacs 99 ff.

⁷¹⁰ Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, Verwaltungsstrafgesetz - VStG³ (2023) § 1 Rz 5.

⁷¹¹ Griller/Potacs in Vetter/Potacs 101.

⁷¹² Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG³ § 1 Rz 5 unter Verweis auf VfSlg 3207/1957, 4037/1961, 9187/1981; Siehe dazu auch VfGH V 530/2020-11.

⁷¹³ Vgl. Kofler-Schlögl in Raschauer/Wessely, Verwaltungsstrafgesetz³ Rz 21.

„im Verwaltungsstrafrecht [...] der äußerst mögliche Wortsinn die Grenze belastender Strafrechtsgewinnung [bildet]“⁷¹⁴. Franz Bydlinski stellt diesbezüglich klar, dass das Analogieverbot „schlicht den Wegfall bestimmter Rechtsgewinnungsmethoden [bedeutet...] nämlich aller jener, die über den ‚möglichen Wortsinn‘ hinausgehen“⁷¹⁵. Auch im Verwaltungsstrafrecht wird schließlich nur von der Geltung eines Analogieverbots *in malam partem* ausgegangen.⁷¹⁶

Potacs fragt sich ob das verwaltungsstrafrechtliche Analogieverbot *in malam partem* tatsächlich „ein uneingeschränktes Gebot zu einer strikten Wortsinninterpretation [...], die jede über die Grenzen des Wortlautes hinausgehende Sinnermittlung [verbietet]“⁷¹⁷ enthält. Er argumentiert, dass eine solch strenge inhaltliche Auslegung des Analogieverbots schwer mit der Gewährleistung vorhersehbarer und klarer gesetzlicher Straftatbestände in Einklang zu bringen ist:

„Denn klare Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit des Inhaltes einer Rechtsvorschrift kann keineswegs nur durch ihren Wortsinn, sondern auch durch pragmatische Anhaltspunkte [...] gewährleistet werden.“⁷¹⁸

Auch führt Potacs an, dass die verwaltungsstrafrechtliche Ahndung von Gesetzesübertreten in der Regel mit „einem weit geringeren sozialetischen Werturteil [...] behaftet ist als gerichtliche Verurteilungen im Bereich des Kriminalstrafrechts“⁷¹⁹. Dabei weist er darauf hin, dass im Verwaltungsstrafrecht „das Strafausmaß in der Regel nicht allzu schwer wiegt“. Angesichts dieser Gründe besteht im Verwaltungsstrafrecht ein „geringeres Schutzbedürfnis der Rechtsunterworfenen“⁷²⁰ als im klassischen Strafrecht, was wiederum die Existenz einer weniger strengen Ausprägung des dort geltenden Analogieverbots annehmen lässt.

Aus einer Gesamtbetrachtung der dargestellten Aspekte ergibt sich, dass Art 7 Abs 1 EMRK gewisse Mindeststandards für den Vertrauensschutz im Bereich der strafrechtlichen

⁷¹⁴ Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG³ § 1 Rz 5 unter Verweis auf VwGH Ro 2015/02/0003 ZFR 2015/252.

⁷¹⁵ F. Bydlinski, Methodenlehre² 595.

⁷¹⁶ Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG³ § 1 Rz 5 unter Verweis auf VfSlg 4280/1962; VwSlg 6956 A/1966; VwSlg 7181 A/1967.

⁷¹⁷ Potacs, ÖZW 2018, 162.

⁷¹⁸ Potacs, ÖZW 2018, 162.

⁷¹⁹ Potacs, ÖZW 2018, 162.

⁷²⁰ Potacs, ÖZW 2018, 162.

Rechtsetzung und Interpretation enthält. Darunter fallen neben dem Rückwirkungsverbot auch das Klarheitsgebot sowie das Analogieverbot *in malam partem*. Das Klarheitsgebot gibt vor, den Inhalt strafrechtlicher Bestimmungen zumindest *vorrangig* anhand der veröffentlichten semantischen Bedeutungen festzustellen. Das Analogieverbot setzt der extensiven Interpretation strafrechtlicher Bestimmungen gewisse Grenzen. Der Gesetzgeber ist gehalten, strafrechtliche Inhalte möglichst ausdrücklich zu normieren. In der Folge ist bei der Interpretation strafrechtlicher Bestimmungen von einer besonders starken Vermutung auszugehen, dass der Gesetzgeber einschlägige normative Inhalte im Rahmen der Semantik vermittelt hat. Insgesamt gilt also, dass *semantischen Indizien* bei der strafrechtlichen Auslegung *prima facie* ein *erhebliches Gewicht* und eine *grenzziehende Bedeutung* zukommt.

Das Klarheitsgebot bedingt jedoch auch eine situativ gerechtfertigte Berücksichtigung pragmatischer Interpretationsmethoden. Eine vollständig explizit ausgestaltete Rechtsetzung, die sich in semantischen Feinheiten verliert, entspricht nicht den in der allgemeinen Kommunikationspraxis vorausgesetzten Standards der Verständlichkeit. Pragmatische Indizien sind jedenfalls dann heranzuziehen, wenn diese für das korrekte Verständnis einer Norm unerlässlich sind.⁷²¹

Schließlich scheint im Bereich des Verwaltungsstrafrechts der *prima facie* Vorrang semantischer Indizien schwächer zu sein als im klassischen Strafrecht. Dies lässt sich mittelbar aus der Formulierung des § 1 Abs 1 VStG sowie aus dem vergleichsweise geringeren sozialetischen Unwertgehalt und der milderen Sanktionierung verwaltungsstrafrechtlicher Tatbestände ableiten. Pragmatischen Interpretationsmethoden genießen demnach im Verwaltungsstrafrecht eine gewisse erhöhte Bedeutung.

e. Auslegungsregeln des ABGB

Die §§ 6 und 7 ABGB stellen die einzigen ausdrücklich niedergeschriebenen positivrechtlichen Auslegungsregeln im österreichischen Recht dar.⁷²² Ein großes Problem dieser Bestimmungen im Zusammenhang mit der gegenständlich zu beantwortenden Frage nach der Gewichtung semantischer und pragmatischer Auslegungskriterien liegt jedoch

⁷²¹ Vgl dazu Höpfel, JBl 1979, 581 f, der die sinnngemäße Interpretation im Strafrecht grundsätzlich als zulässig erachtet. Höpfel vertritt die Auffassung, dass sich das strafrechtliche Analogieverbot lediglich auf jene Form der rechtlichen Analogie bezieht, die darauf abzielt, neue Normen zu schaffen.

⁷²² Walter, Bundesverfassungsrecht 86.

darin, dass ihre umfassende Geltung über das bürgerliche Recht hinaus als äußerst fraglich erscheint. So meint Walter, dass eine rechtsgebietsübergreifende „direkte Anwendung dieser Regeln des ABGB [...] deshalb nicht in Betracht [kommt], weil die betreffenden Regeln [...] nur von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt handeln“ und zudem „nicht in Verfassungsrang stehen“⁷²³.

Walter erkennt den §§ 6 und 7 ABGB dennoch eine Bedeutung über das bürgerliche Recht hinaus zu. Seiner Ansicht nach handelt es sich bei diesen Vorschriften um Ausdrucksformen der klassischen Interpretationsmethoden, die aufgrund der allgemeinen Interpretationspraxis ohnehin gelten und universell anzuwenden sind.⁷²⁴ Ähnlich argumentiert Rill, der betont, dass die Frage nach dem Anwendungsbereich der §§ 6 und 7 ABGB letztlich unerheblich ist. Diese Vorschriften legen seiner Auffassung nach nichts anderes fest als die für die Rechtsauslegung ohnehin geltenden „Regeln der allgemeinen zwischenmenschlichen Kommunikation“⁷²⁵.

Können aus den bürgerlich-rechtlichen Auslegungsregeln dennoch Erkenntnisse im Zusammenhang mit der interpretativen Gewichtung von semantischen und pragmatischen Indizien gewonnen werden? Kerschner und Kehrner verneinen in diesem Zusammenhang, dass semantischen Indizien in den §§ 6 und 7 ABGB eine Vorrangstellung zukommt. Sie verweisen dabei auf das „subjektive Auslegungsziel“⁷²⁶ dieser Bestimmungen, das darauf abzielt, Rechtsinterpreten zur Nutzung all jener Methoden anzuleiten, die genaue „Rückschlüsse auf den gesetzgeberischen Willen“⁷²⁷ erlauben. Demnach sind sämtliche grundsätzlich geeignete Methoden und Indizien heranzuziehen, um den normativen Gehalt einer Rechtsvorschrift zu bestimmen. Walter stimmt diesem Befund weitgehend zu, wenn er hervorhebt, dass „§ 6 ABGB die Auslegungsmethoden gleichwertig nebeneinander[stellt]“⁷²⁸.

An anderer Stelle äußert sich Kerschner zu dieser Frage noch präziser. Er erkennt in den §§ 6 und 7 ABGB eine Zweifelsregel, die gegen die Anwendung eines Analogieschlusses spricht. Seiner Auffassung nach „berechtigt § 7 ABGB [...] den Rechtsanwender zur

⁷²³ Walter, Bundesverfassungsrecht 86-87.

⁷²⁴ Walter, Bundesverfassungsrecht 87.

⁷²⁵ Rill in Vetter/Potacs 60.

⁷²⁶ Kerschner/Kehrner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar³ §§ 6, 7 Rz 15.

⁷²⁷ Kerschner/Kehrner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar³ §§ 6, 7 Rz 15.

⁷²⁸ Walter, Bundesverfassungsrecht 91.

Analogie (Analogiegebot!), aber nur nachrangig unter der Voraussetzung, dass ‚sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden‘ lässt“⁷²⁹. Daraus folgert er, dass gemäß § 7 ABGB „im Zweifel kein Analogieschluss zu ziehen ist“⁷³⁰. Dies läuft wohl letztlich auf die Annahme hinaus, dass jede über den Wortlaut hinausgehende Interpretationsmethode nur nachrangig zulässig ist.

Angesichts dieser divergierenden Meinungen hält Rill die Ansicht, dass die Auslegungsregeln des ABGB von gleicher „Unsicherheit belastet [sind], mit der auch die juristische Auslegungslehre kämpft“⁷³¹. Auch Wendehorst kritisiert die Tendenz der österreichischen Rechtswissenschaft, einzelne Bestimmungen „als Schubladen“ zu verwenden, „in die man die thematisch ungefähr passenden Abschnitte eines Lehrbuchs der Methodenlehre [...] hineinlegt“⁷³². Ihr Fazit lautet, dass „die eher groben Aussagen der Methodennormen in keiner Weise geeignet [sind], den Reichtum fein ziselierter Überlegungen widerzuspiegeln“⁷³³.

Bei näherer Betrachtung überzeugt jedoch die folgende Auffassung über die bürgerlich-rechtlichen Auslegungsregeln:

§ 6 ABGB verweist auf die „Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange“ sowie auf die „klare Absicht des Gesetzgebers“. Von Zeiller erläutert dazu, dass „die bürgerlichen Gesetze [...], durch Worte bekannt gemacht“ werden und daher „zu vermuten [sei], daß [sic!] der Gesetzgeber die Worte in ihrer eigentümlichen Bedeutung [...] genommen habe“⁷³⁴. Gleichzeitig betont er, dass „nicht der todte [sic!] Buchstabe [...] das Gesetz [sei], sondern der Wille des Gesetzgebers, der auf die Erreichung einer näheren oder entfernteren Absicht gerichtet ist. Wer die Gesetze auffaßt [sic!], ohne sich um die den echten Sinn und Umfang darstellende Absicht derselben zu bekümmern, ist, weil es ihm an den Begriffen mangelt, nicht einmal fähig, sie im Gedächtnisse [sic!] zu behalten“⁷³⁵.

⁷²⁹ Kerschner, Die lex lata Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? Gesetzesbindung und ABGB, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB Evolution einer Kodifikation (2012) 119 (125).

⁷³⁰ Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch 126.

⁷³¹ Rill in Vetter/Potacs 60.

⁷³² Wendehorst, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2011, 750.

⁷³³ Wendehorst, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2011, 751.

⁷³⁴ Von Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie: Erster Band (1811) 50-51.

⁷³⁵ Von Zeiller, Commentar 53-54.

Zur Auslegung von § 7 ABGB führt Von Zeiller aus, dass diese Bestimmung als Aufforderung zu verstehen sei, in jenen Fällen, in denen „uns der todte [sic!] Buchstabe verläßt [sic!]“, den „tiefer liegende[n] Wille[n] des Gesetzgebers“⁷³⁶ zu erforschen. Den Zweck der Norm sieht er darin, dem Umstand zu begegnen, dass „nicht zu erwarten [sei], daß [sic!] der Gesetzgeber bei Abfassung seiner Vorschriften über einen bestimmten Rechtsgegenstand alle mögliche[n] [...] Fälle vor Augen habe, oder bei einem Gegenstande alles sage, was sich darauf beziehen kann.“⁷³⁷

Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass die §§ 6 und 7 ABGB auf die beiden zentralen, methodologisch oftmals in einer gewissen Spannung zueinanderstehenden Auslegungskriterien Bezug nehmen: auf die Semantik, verstanden als die Bedeutung der Worte und Sätze im jeweiligen sprachlichen Kontext, und auf die Pragmatik, verstanden als Summe jener Mittel, durch die der Gesetzgeber seinen Willen auf andere Weise klar zum Ausdruck gebracht hat.

Diesen Befund teilt auch Potacs. Er betont, dass durch die §§ 6 und 7 ABGB „klargestellt [wird], dass sich die Sinnermittlung einer Vorschrift abseits der Semantik auch allein aus der Pragmatik (also ihrem „natürlichen Sinn“) ergeben kann“⁷³⁸. Im Falle eines „semantisch unvollständig oder unpräzise zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers“ sei dieser sodann „durch pragmatische Kriterien zu ermitteln“⁷³⁹.

Die §§ 6 und 7 ABGB bringen daher im Wesentlichen zum Ausdruck, dass sowohl semantische als auch pragmatische Indizien zur Feststellung des gesetzgeberischen Willens heranzuziehen sind. Allerdings äußern die Bestimmungen sich nicht zur entscheidenden Frage nach der Gewichtung dieser beiden Auslegungskriterien. Vielmehr werden beide Indizienkategorien auf eine Ebene gestellt. Schließlich ist Rill darin zuzustimmen, die §§ 6 und 7 ABGB bloß als positivrechtliche Wiedergabe allgemeiner Kommunikationsregeln anzusehen.⁷⁴⁰

⁷³⁶ Von Zeiller, Kommentar 62-63.

⁷³⁷ Von Zeiller, Kommentar 62-63.

⁷³⁸ Potacs in Torggler/Kodek et al 72.

⁷³⁹ Potacs in Torggler/Kodek et al 73.

⁷⁴⁰ Rill in Vetter/Potacs 60.

D. Semantik und Verwaltungsrecht

1. Einleitung

Korinek führt in seinem Aufsatz „Zur Interpretation von Verfassungsrecht“ an, dass sich „gewisse Akzentuierungen“⁷⁴¹ für die Methodik der Interpretation von Verfassungsrecht feststellen lassen. Der Unterschied zur Interpretation anderer Rechtsgebiete ergibt sich seiner Ansicht nach aus der „spezifischen Funktion“ und aus der „spezifischen Konstruktion“⁷⁴² des Verfassungsrechts.

Dieser Gedanke lässt eine Verallgemeinerung zu: Die Teleologie und tatsächliche Ausgestaltung eines Rechtsgebiets können spezifische Vorgehensweisen für dessen Interpretation erforderlich machen. Rechtsbereiche weisen demnach, „entsprechend den sachlichen Gegebenheiten und Grundwertungen“⁷⁴³, unterschiedliche Zielsetzungen und Wertungselemente auf. Die interpretative Bedeutung der Funktion eines Rechtsbereichs beruht dabei auf der Erkenntnis, „dass mit menschlichen Aktivitäten grundsätzlich immer bestimmte Zwecke verfolgt werden. Das gilt insbesondere für normative Anordnungen, die der Herstellung eines bestimmten Zustandes dienen“⁷⁴⁴.

In diesem Zusammenhang meint Kerschner somit, „dass gewisse Rechtsmaterien auch eigene sachadäquate methodische Grundsätze aufweisen können (*„gegenstandsadäquate Methodenlehre“*) [kursiv im Original]“⁷⁴⁵. Auch Reimer hebt hervor, dass sich häufig „Gesichtspunkte eines inneren Systems der jeweiligen Kodifikation oder des Teilrechtsgebiets“⁷⁴⁶ erkennen lassen. Solche „Leitgedanken der Regelungen“ können dann „zur Auslegung der weiteren Normen herangezogen werden“⁷⁴⁷.

⁷⁴¹ Korinek, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter (1991) 365 (370).

⁷⁴² Korinek in FS Walter 371.

⁷⁴³ F. Bydlinski, Methodenlehre² 601.

⁷⁴⁴ Potacs, Rechtstheorie² 183.

⁷⁴⁵ Kerschner/Mayr, JAP 2021/2022, Punkt C.

⁷⁴⁶ Reimer, Methodenlehre² 160.

⁷⁴⁷ Reimer, Methodenlehre² 160; Potacs, Die Auslegung der Verfassung, in Bußjäger/Gamper/Kahl (Hrsg), 100 Jahre Bundesverfassungsgesetz: Verfassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext (2020) 109 (112), bekräftigt, dass „sich aus der Eigenart rechtlicher Regelungen die Präferenz einzelner Auslegungsmethoden wie etwa eine Bindung an den semantischen Sinngehalt ergeben [kann]“.; Potacs in WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht 29, betont zudem, dass im Rahmen der für die rechtliche Interpretation „erforderlichen Abwägung [...] Besonderheiten der jeweiligen Rechtsmaterie [...] in Rechnung zu stellen [sind]“.

Der folgende Abschnitt dieses Kapitels untersucht jene Ziele und Leitgedanken des österreichischen Verwaltungsrechts, die für dessen Auslegung von Bedeutung sind. Zunächst wird auf den Begriff und die Funktion der Verwaltung und des Verwaltungsrechts eingegangen. Daran anschließend werden verschiedene Erscheinungsformen der Verwaltung und des Verwaltungsrechts voneinander abgegrenzt. Zuletzt werden die aus den gewonnenen Erkenntnissen ergebende Besonderheiten für die Interpretation des Verwaltungsrechts besprochen. Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Frage nach der Gewichtung semantischer und pragmatischer Indizien innerhalb der verwaltungsrechtlichen Teilgebiete.

2. Begriff und Funktion des Verwaltungsrechts

Das Verwaltungsrecht lässt sich zunächst als jener „Teil des geltenden Rechts“ definieren, der vorgibt „wie die Verwaltung [...] zu verstehen und durchzuführen ist“⁷⁴⁸. Mit dem Begriff der Verwaltung wird eine spezifische staatliche Tätigkeit in den Blick genommen. Diese wird üblicherweise im negativen Sinne umschrieben, also als Summe all jener „staatliche[n] Einrichtungen und Aktivitäten, die nicht Gesetzgebung und nicht Gerichtsbarkeit sind“⁷⁴⁹. Folglich umfasst das Verwaltungsrecht also all jene „Gesetze [, die] von Verwaltungsstellen zu vollziehen sind“ und auch all jene Rechtsvorschriften die „von Verwaltungsorganen erlassen“⁷⁵⁰ wurden.⁷⁵¹

Um den spezifischen Gehalt des Verwaltungsrechts zu erfassen, ist eine funktionale Sichtweise erforderlich, bei der gefragt wird, was der Zweck der Verwaltung und des Verwaltungsrechts ist. Dieser Zweck ist historisch gewachsen. Das moderne Verwaltungsrecht wurde wesentlich durch die aufklärerisch-liberale Bewegung des 19. Jahrhunderts geprägt. In dieser Epoche gewannen die modernen Prinzipien des Rechtsstaates zentrale politische Bedeutung. Die damals entstehende Verwaltungsrechtswissenschaft entwickelte dadurch besondere rechtsstaatliche Perspektive. Der Begriff des

⁷⁴⁸ Winkler in Ermacora/Koja/Winkler 5.

⁷⁴⁹ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021) 5.

⁷⁵⁰ Raschauer, Verwaltungsrecht 7-8.

⁷⁵¹ Vgl. Kahl, Verwaltung und Verwaltungsrecht, in Eberhard et al (Hrsg), 100 Jahre Republik. Kontinuität – Brüche – Kompromisse (2021) 121 (123).

Verwaltungsrechts ist daher, wie Simon betont, „untrennbar mit dem Rechtsstaatprinzip verbunden“⁷⁵².

Jene rechtsstaatliche Betrachtungsweise wurzelt in der im 19. Jahrhundert „vom Liberalismus angestrebte[n] Trennung von Staat und Gesellschaft“⁷⁵³. Dieser ging die „Konzentration und Monopolisierung“ bestehender Formen der „Herrschafts-Ausübung, d.h. auf Befehl und Zwang beruhende soziale Relationen,“⁷⁵⁴ durch den absolutistischen Staat voraus. Zurück blieb eine „neuartige *societas sine imperio*“, der „die Möglichkeit, unabhängig vom Staat Zwang auszuüben, weitgehend fehlte“⁷⁵⁵. Dadurch eröffnete sich in staatlich unzugänglichen Bereichen eine ideengeschichtlich neue „Sphäre der Freiheit“⁷⁵⁶.

Damit verbunden waren Vorstellungen von einer vorstaatlichen Gesellschaft und einem einhergehenden außerstaatlichen Recht. Das Privatrecht wurde als jenes Recht verstanden, das die Rechtsverhältnisse dieser vorstaatlichen Gesellschaft regelt und dessen Ursprung nicht im gesetzgeberischen Willen, sondern in der menschlichen Vernunft verankert ist.⁷⁵⁷ Diese Auffassung wurde unter anderem von Franz von Zeiller vertreten. Demnach regelt das Privatrecht das „Privat=Verhältniß [sic!] der Mitglieder“⁷⁵⁸ einer Gesellschaft, wobei dieses den Gesellschaftsmitgliedern „schon von der Vernunft her gegeben ist“⁷⁵⁹. Zeiller sieht die Rolle des Staates darauf beschränkt, das allgemein gehaltene Vernunftrecht zu spezifizieren, dessen Verschriftlichung öffentlich bekannt zu machen und die gerichtliche Durchsetzung zu gewährleisten.⁷⁶⁰

Der privatrechtliche Gesetzgeber entspricht dem vernunftrechtlichen Verständnis zufolge also einem Mediator. Die Gesetze dienen vor allem der „Klarstellung gegenüber dem Bürger“⁷⁶¹. Im Zusammenhang mit der Schaffung neuartiger Norminhalte wurde dem Staat daher eine sehr beschränkte Rolle zugesprochen, was unter anderem mit der angenommenen Vollständigkeit des Vernunftrechts begründet wurde. Denn dieses beruhe „auf

⁷⁵² Simon, Verwaltungsrecht, in Jaeger (Hrsg), Enzyklopädie der Neuzeit Online (2011) <<https://referenceworks-brill-com.uaccess.univie.ac.at/display/entries/EDNO/COM-374068.xml>> Punkt 1.

⁷⁵³ Simon, Öffentliches Recht, in Jaeger (Hrsg), Enzyklopädie der Neuzeit (2009) <<https://referenceworks-brill-com.uaccess.univie.ac.at/display/entries/EDNO/COM-320265.xml>> Punkt 3.2.2.

⁷⁵⁴ Simon, Öffentliches Recht in Jaeger Punkt 3.2.2.

⁷⁵⁵ Simon, Öffentliches Recht in Jaeger Punkt 3.2.2.

⁷⁵⁶ Simon, Öffentliches Recht in Jaeger Punkt 3.2.2.

⁷⁵⁷ Simon, Öffentliches Recht in Jaeger Punkt 3.3.2.

⁷⁵⁸ Von Zeiller, Kommentar 16.

⁷⁵⁹ Von Zeiller, Kommentar 1.

⁷⁶⁰ Von Zeiller, Kommentar 1.

⁷⁶¹ Simon, Öffentliches Recht in Jaeger Punkt 3.3.2.

unveränderlichen Regeln [...], die aus höheren, allgemeinen, somit für alle möglichen Fälle ausreichenden, Grundsätzen abgeleitet werden können“⁷⁶². Ist das aus der menschlichen Vernunft entspringende Recht ohne vorausgehende staatliche Gesetzgebung bereits vollständig, so verbleiben für den Staat nur noch begrenzte Aufgaben. Sie beschränken sich im Wesentlichen auf die „Vereinheitlichung und Systematisierung“⁷⁶³ des Rechts.

In der zweiten Hälfte des 18. sowie im frühen 19. Jahrhundert entwickelte sich der Gedanke der gesetzlichen Mediatisierung des Vernunftrechts hin zur *Kodifikationsidee*. Die Verschriftlichung eines Vernunftrechts, das „jeden möglichen Fall“⁷⁶⁴ regelt, eignete sich für das absolutistische Bestreben, Gesetze „mit Ausschlußwirkung [sic!]“⁷⁶⁵ zu verabschieden. Der Begriff der Kodifikation bezeichnet demnach eine Gesetzesform, die eine Rechtsmaterie in umfassender, systematischer und abschließender bzw. vollständiger Weise zu regeln versucht.⁷⁶⁶ Dieser abschließende Charakter einer Kodifikation bedeutet neben der Verdrängung anderer Rechtsquellen vor allem die, aufgrund der Einbeziehung naturrechtlicher Grundsätze, beanspruchte Möglichkeit der „Lückenschließung weitgehend aus der Kodifikation selbst heraus“⁷⁶⁷. Da die privatrechtliche Kodifikation die Vollständigkeit des Vernunftrechts gesetzlich repräsentieren soll, sind „ungeregelte oder unklar“ erscheinende Rechtsfragen „autonom zu schließen“⁷⁶⁸.

Im Gegensatz zur privatrechtlichen wird der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung gemäß der aufklärerisch-vernunftrechtlichen Vorstellung eine umfassende Befugnis zur inhaltlichen Neuschaffung von Recht zugeschrieben. Diese sah Franz von Zeiller insbesondere in der Regelung der Beziehung „der Unterthanen [sic!] zur öffentlichen Macht“ sowie in der Festlegung der „Pflichten der Einwohner zur Erhaltung der öffentlichen

⁷⁶² Von Zeiller, Kommentar 21.

⁷⁶³ Simon, Was ist und wozu dient Gesetzgebung? Kodifikation und Steuerungsgesetzgebung: Zwei Grundfunktionen legislativer Normsetzung, in FS Brauner (2008) 635 (640).

⁷⁶⁴ Von Zeiller, Kommentar 21.

⁷⁶⁵ Brauner, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB): Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band I: Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900 (2014) 22.

⁷⁶⁶ Vgl. Wendehorst, Ist der Kodifikationsstreit entschieden? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg.), 200 Jahre ABGB. Evolution einer Kodifikation Rückblick Ausblick Methode (2012) 9 (13): „Unter einer Kodifikation wird danach meist eine schriftliche Sammlung von Rechtssätzen („Kodex“) verstanden, die systematisch aufgebaut ist und zumindest einen Teilbereich der Rechtsordnung umfassend und abschließend regelt.“

⁷⁶⁷ Wendehorst in Fenyves/Kerschner/Vonkilch 15.

⁷⁶⁸ Wendehorst in Fenyves/Kerschner/Vonkilch 15.

Ordnung und allgemeinen Wohlfahrt“⁷⁶⁹. Letzterer Zweck wurde in der frühen Neuzeit unter dem Begriff der *guten Polizei*⁷⁷⁰ zusammengefasst.

Die staatliche Polizei stand für die „>gute Ordnung< [sic!] eines Gemeinwesens“⁷⁷¹. Der Regelungstätigkeit der Polizei kam nach neuzeitlichem Verständnis die Aufgabe zu, auf „ständig wandelnde[n] Regelungserfordernisse[n]“⁷⁷² der öffentlichen Ordnungserhaltung zu reagieren. Dies führte dazu, dass für diese Tätigkeit „die schnelle zeitliche Abfolge neuer Gesetzgebungsakte“⁷⁷³ kennzeichnend war. Im Gegensatz dazu wurde das Privatrecht als besonders „veränderungsresistent“⁷⁷⁴ wahrgenommen.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde die „Normenmasse“ der Polizei zunehmend unter dem Begriff des Verwaltungsrechts zusammengefasst. Die Normen der guten Polizei bildeten demgemäß „das normative Material [...] aus dem [...] das Verwaltungsrecht entstand“⁷⁷⁵. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts fehlte dem Polizeirecht jedoch eine aus heutiger Sicht wesentliche Eigenschaft: Die zugehörigen Anordnungen beschränkten sich auf der Gemeinschaftssteuerung dienende „bußenbewehrte Pflichtenregelungen“⁷⁷⁶, ohne regelartige Grenzen staatlichen Handelns zu beinhalten.⁷⁷⁷

Mit der aufkommenden Idee des Verfassungsstaates gewann der Versuch, das Polizeirecht näher zu durchdringen, an Bedeutung. Die Neudeutung der Beziehung zwischen Staat und Bürger im Sinne einer Summe gegenseitiger Rechte und Pflichten eröffnete eine rechtsstaatliche Perspektive auf polizeiliche Normen. Ziel war es, den genauen Inhalt der polizeilichen Rechtsbeziehung zu klären und einer systematischen Betrachtung zu unterziehen.⁷⁷⁸

Das Polizeirecht wurde also durch das wissenschaftliche Bestreben, eine formal-systematische Durchdringung zu erreichen, zum Verwaltungsrecht. Zu Beginn griff man auf

⁷⁶⁹ Von Zeiller, Kommentar 16.

⁷⁷⁰ Vgl. Härter, Polizei, in Jaeger (Hrsg.), Enzyklopädie der Neuzeit Online (2009) <<https://referenceworks.brill.com/display/entries/EDNO/COM-329341.xml>> Punkt 1.

⁷⁷¹ Härter, Polizei in Jaeger Punkt 1.

⁷⁷² Simon, Öffentliches Recht in Jaeger Punkt 3.3.4.

⁷⁷³ Simon in FS Braunder 640.

⁷⁷⁴ Simon, Öffentliches Recht in Jaeger, Punkt 3.3.4.

⁷⁷⁵ Simon, Verwaltungsrecht in Jaeger Punkt 1.

⁷⁷⁶ Simon, Verwaltungsrecht in Jaeger Punkt 2.

⁷⁷⁷ Simon, Verwaltungsrecht in Jaeger Punkt 2, nennt diese Funktion die „Begrenzungsfunktion“ des Verwaltungsrechts.

⁷⁷⁸ Simon, Verwaltungsrecht in Jaeger Punkt 3.

„Entlehnungen aus dem Zivilrecht“⁷⁷⁹ zurück, um den Rechtsstoff zu strukturieren. Die so entwickelten dogmatischen Konstrukte dienten der präzisen Festlegung von „rechtlichen Grenzlinien“⁷⁸⁰ staatlicher Eingriffe in die Rechtssphäre Einzelner. Das Augenmerk der Verwaltungsrechtswissenschaft richtete sich maßgeblich auf die Eingriffsqualität typisierter staatlicher Akte.⁷⁸¹

Ideengeschichtlich ist der moderne Verwaltungsbegriff somit eng mit „den Verhältnissen des Ordnungsstaates im 19. Jahrhundert mit seiner in rechtlicher und politischer Hinsicht gut abgegrenzten Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft“⁷⁸² verknüpft. Das Verwaltungsrecht ist der rechtliche Ausdruck eines Ordnungsstaats, der darauf abzielt, die Gesellschaft gemäß bestimmten „Ordnungsziele[n]“⁷⁸³ zu formen und „Ordnungsdefizite“⁷⁸⁴ zu beseitigen. Der Staat greift mittels gezielter Rechtsakte in die autonome Sphäre der Gesellschaft ein, um seine „Vorstellungen [...] davon, wie das Gemeinwesen eigentlich geordnet, beschaffen und strukturiert sein müsse“⁷⁸⁵, zu verwirklichen.

In diesem Sinne ist das Verwaltungsrecht in besonderer Weise eine *eingriffsnahe Rechtsmaterie*, da es typischerweise darauf abzielt, die individuellen Freiheiten zugunsten bestimmter Ordnungsziele zu beschränken. Zudem weist das Verwaltungsrecht eine reaktive Komponente auf: Es antwortet in der Regel „auf einen [...] an ihn herangetragenen Problemimpuls“⁷⁸⁶ und ist damit durch eine gewisse *Situationsbezogenheit* geprägt. Im Gegensatz zum umfassenden und abschließenden Zweck der privatrechtlich-kodifikatorischen Gesetzgebung zeichnet sich das Verwaltungsrecht durch seinen inhärent „steuerungsgesetzgeberische[n]“ Charakter aus, der vorrangig auf die Lösung konkreter Einzelfälle ausgerichtet ist.⁷⁸⁷

Historisch gewachsen ist neben seiner Charakterisierung als ordnungssicherndes Eingriffsrecht auch der *schutzrechtliche* bzw. *der rechtsstaatliche* Aspekt des

⁷⁷⁹ Simon, Verwaltungsrecht in Jaeger Punkt 3.

⁷⁸⁰ Simon, Verwaltungsrecht in Jaeger Punkt 4.

⁷⁸¹ Simon, Verwaltungsrecht in Jaeger Punkt 5.

⁷⁸² Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht, Band 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts (2009) 2.

⁷⁸³ Simon in FS Brauner 639.

⁷⁸⁴ Simon in FS Brauner 639.

⁷⁸⁵ Simon in FS Brauner 639.

⁷⁸⁶ Simon in FS Brauner 640.

⁷⁸⁷ Simon in FS Brauner 640-642.

Verwaltungsrechts. Gerade durch situationsbezogene Regelungen zur Behebung öffentlicher Ordnungsdefizite besteht die Gefahr, dass staatliches Handeln voreilig und ohne hinreichende gesetzliche Legitimation erfolgt. Der Staat soll daher angehalten sein, nur bei Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung tätig zu werden.⁷⁸⁸ Treffend bringt dies Giacometti auf den Punkt, wenn er meint, dass die Funktion des Verwaltungsrechts in der Schaffung einer „begrenzten Rechtsordnung“⁷⁸⁹ gelegen ist. Das Verwaltungsrecht hat, „anders als das Privatrecht, das als kodifiziertes Recht Beziehungen zwischen Privaten normieren sollte und infolgedessen notwendigerweise lückenhaft ist, Verhältnisse zwischen den Einzelnen und dem verwaltenden Staat zu regeln [...]“. Was das öffentliche Recht im Rechtsstaate nicht regelt, ist frei, steht zur Verfügung der Einzelnen, gehört in die Privatsphäre und genießt infolgedessen den unmittelbaren Schutz der Freiheitsrechte“⁷⁹⁰. Indem das Verwaltungsrecht eine schützende Funktion übernimmt, bildet es gleichzeitig das rechtsstaatliche Gegengewicht zu seiner eigenen Steuerungsfunktion.

Dieser Rechtsstaatgedanke erfuhr in Österreich durch die Verankerung des Art 18 Abs 1 B-VG in der Verfassung einen besonderen Ausdruck. Demgemäß rückt „das Legalitätsprinzip [...] das formelle Gesetz in den Mittelpunkt aller normativen Steuerungen für die staatliche Verwaltung“⁷⁹¹. Nicht nur im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des Verwaltungsrechts, sondern auch angesichts der zentralen Bedeutung des Art 18 Abs 1 B-VG ist das Verwaltungsrecht stets „aus dem Rechtsstaatsprinzip“⁷⁹² heraus zu betrachten.

Zuletzt entwickelte sich parallel zur Entstehung des modernen Sozialstaates das Verwaltungsrecht auch als soziales *Leistungsrecht*. Die wachsende Bedeutung der Versorgung der existenziellen Grundbedürfnisse einer staatlichen Gemeinschaft ließ deutlich werden, dass diese Aufgabe „mit den Mitteln der eingreifenden Verwaltung allein nicht bewältigt werden“⁷⁹³ kann. Das leistungs- und versorgungsorientierte Verwaltungshandeln erforderte somit neuartige gesetzliche Grundlagen. Kriterien wie die

⁷⁸⁸ Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht, Band 4, 7.

⁷⁸⁹ Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts: Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates (1960) 209.

⁷⁹⁰ Giacometti, Verwaltungsrecht 209-210.

⁷⁹¹ Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht, Band 4, 13.

⁷⁹² Winkler in Ermacora/Koja/Winkler 7.

⁷⁹³ Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht, Band 4, 7.

soziale Koordinierung und die der „Wohlfahrt, Versorgung und Leistung“⁷⁹⁴ haben somit mittlerweile einen festen Platz neben eingriffs- und rechtsstaatbezogenen Zweckbetrachtungen eingenommen. Schließlich ist Verwaltungsrecht heute beides: „Schutzrecht und Funktionsrecht“⁷⁹⁵.

3. Erscheinungsformen der Verwaltung

Im Allgemeinen lassen sich im Verwaltungsrecht drei Bereiche voneinander unterscheiden: das materielle Verwaltungsrecht, das Verwaltungsverfahrensrecht und das Verwaltungsorganisationsrecht. Das materielle Verwaltungsrecht beinhaltet die regelbezogene inhaltliche Ausgestaltung spezifischer Aufgaben, welche die Verwaltungsbehörden zu vollziehen haben. Es ist dabei aus wissenschaftlicher Sicht in allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht zu teilen, wobei ersteres sich in systematischer Weise dem Inhalt der einzelnen Aufgaben widmet und letzteres übergreifende rechtliche Prinzipien und rechtliche Kategorien erörtert.⁷⁹⁶ Das Verwaltungsverfahrensrecht legt generelle Handlungsformen der Verwaltungsbehörden fest, insbesondere gestaltet es ein Verfahren der Entscheidungsfindung bei der Setzung hoheitlicher Verwaltungsakte. Es gibt der Vollziehung des materiellen Verwaltungsrechtes demnach einen formellen, prozessbezogenen Rahmen. Schließlich regelt das Verwaltungsorganisationsrecht die organisatorische Struktur der staatlichen Verwaltung.⁷⁹⁷

Im Sinne der oben genannten Unterscheidung zwischen den zwei sich wechselseitig bedingenden Funktionen des Eingriffs- und des Schutzrechts sowie der Funktion des Leistungsrechts, kann eine grundsätzliche Einteilung des materiellen Verwaltungsrechts in Eingriffsverwaltungsrecht und Leistungsverwaltungsrecht vorgenommen werden.⁷⁹⁸

⁷⁹⁴ Winkler in Ermacora/Koja/Winkler 7.

⁷⁹⁵ Merli, Die Zukunft der Verwaltung (2010) 45.

⁷⁹⁶ Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht: Zusammenwirken und Lerneffekte, in Schoch (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹⁵ (2013) 1.

⁷⁹⁷ Antonioli/Koja, Verwaltungsrecht² 90.

⁷⁹⁸ Vgl. Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2017) 34; Siehe dazu auch Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I¹³ (2017) 56 ff, die nunmehr zwischen „ordnender“ und „leistender“ Verwaltung unterscheiden; nicht berücksichtigt wird im Rahmen dieser Betrachtung die *Privatwirtschaftsverwaltung*, da diese eine eigentümliche theoretische Struktur und andere Funktionen als das „klassische Verwaltungsrecht“ aufweist.

Die Verwaltung und damit auch das Verwaltungsrecht werden demgemäß anhand ihrer „Auswirkungen auf die Rechtssphäre des betroffenen Bürgers“⁷⁹⁹ in zwei Bereiche unterteilt. Aus Sicht der Rechtsunterworfenen ist diese Unterscheidung deshalb sinnvoll, weil sich „Eingriffsakte und Leistungsakte“ insbesondere „wegen ihrer unterschiedlichen Rechtswirkung für den betroffenen Bürger“⁸⁰⁰ voneinander unterscheiden.

Der Begriff der Eingriffsverwaltung umfasst jene verwaltungsrechtlichen Inhalte und Handlungen von Verwaltungsorganen, die einschränkend auf die Handlungsfreiheit der Rechtsunterworfenen durch angeordnete oder verbotene Verhaltensweisen wirken.⁸⁰¹ Charakteristische Eingriffe in die Rechtssphäre Einzelner sind etwa die Beschränkung der Bewegungs- oder der Eigentumsfreiheit.⁸⁰² Der typische Anwendungsfall, auf den sich der Begriff der Eingriffsverwaltung bezieht, ist dabei der „belastende (lästige) Verwaltungsakt“⁸⁰³ und damit einhergehende belastende Verwaltungsvorschriften.

Nach Potacs sind belastende Verwaltungsvorschriften jene, „die Dispositionsmöglichkeit von Rechtsunterworfenen beschränken bzw. zur Erlassung derartiger Beschränkungen ermächtigen“⁸⁰⁴. Die Verwaltungsrechtswissenschaft unterscheidet wiederum einzelne Bereiche der Eingriffsverwaltung nach bestimmten funktionellen Kriterien. So gelten zum Beispiel das Sicherheitspolizeirecht, das Verwaltungspolizeirecht, das Wirtschaftsaufsichtsrecht, das Wirtschaftslenkungsrecht, große Teile des Regulierungsrechts, das Abgabenrecht und das Raumplanungsrecht als Teilbereiche der Eingriffsverwaltung.⁸⁰⁵

Der Begriff der Leistungsverwaltung soll dagegen jene Art des Verwaltungshandelns abbilden, das auf die Verwirklichung von „Zuwendungs- und Vorsorgeleistungen“⁸⁰⁶ abzielt. Damit wird an den Typus des „begünstigende[n] (günstige[n]) Verwaltungsakt[s]“⁸⁰⁷ angeknüpft, bei dem Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen in den Hintergrund treten

⁷⁹⁹ *Erichsen/Martens*, Das Verwaltungshandeln, in *Erichsen/Martens* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (1979) 119 (170).

⁸⁰⁰ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht²⁰ (2020) 10.

⁸⁰¹ *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 2.

⁸⁰² *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht²⁰ 9.

⁸⁰³ *Erichsen/Martens* in *Erichsen/Martens* 170.

⁸⁰⁴ *Potacs* in FS Rill 569.

⁸⁰⁵ *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht⁶ 35-36.

⁸⁰⁶ *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ 3.

⁸⁰⁷ *Erichsen/Martens* in *Erichsen/Martens* 170.

und „helfend[e] und fördernd[e]“⁸⁰⁸ Begünstigungen oder auch „die *Begründung* oder *Bestätigung* eines *subjektiven* Rechts oder eines *rechtlich erheblichen Vorteils* [Kursiv im Original]“⁸⁰⁹ im Vordergrund stehen. Auch das Leistungsverwaltungsrecht lässt sich nach funktionellen Kriterien in verschiedene Teilbereiche unterteilen. Herkömmliche Kategorien sind dabei das Sozialversicherungsrecht, das Pensionsversicherungsrecht, das Arbeitslosenversicherungsrecht, das Sozialhilferecht und das Förderungsverwaltungsrecht.⁸¹⁰

4. Vorrang der Semantik im Verwaltungsrecht

Lassen sich aus der soeben dargelegten Funktion des Verwaltungsrechts und seiner groben Einteilung in Eingriffs- und Leistungsverwaltung nun Schlüsse ziehen, wie die zugehörigen Rechtsvorschriften zu interpretieren sind? Die Antwort ist die folgende: Im Zuge der Betrachtung systematisch-teleologischer Kriterien des Verwaltungsrechts lassen sich zunächst allgemeine Vorgaben und Tendenzen für die juristische Methode formulieren. Die Verknüpfung jener allgemeinen methodischen Leitlinien mit den charakteristischen Realitäten der verwaltungsrechtlichen Teilgebiete lässt des Weiteren die Ableitung spezifischerer methodischer Vermutungen zu.

Der grundsätzlichste teleologische Gesichtspunkt des Verwaltungsrechts ist das Prinzip der Rechtssicherheit. Sie ist in den Worten von Theo Öhlinger, die „hermeneutische Grundnorm des Verwaltungsrechts“⁸¹¹. Dementsprechend ist das Prinzip der Rechtssicherheit auch das zentrale Kriterium für die Entwicklung spezifischer Vorgaben für die Interpretation des Verwaltungsrechts.

Eng verbunden mit dem Gedanken der Rechtssicherheit und dabei ähnlich zentral für die Hermeneutik der verwaltungsrechtlichen Interpretation ist das aus dem rechtsstaatlichen Prinzip entspringende Legalitätsprinzip. Zusammen mit dem ihm nachgeordneten Ziel der Freiheitssicherung führt deren Betrachtung zur Erkenntnis von folgenden „methodologischen Besonderheiten“⁸¹²:

⁸⁰⁸ Maurer/Waldhoff, Verwaltungsrecht²⁰ 9.

⁸⁰⁹ Erichsen/Martens in Erichsen/Martens 170.

⁸¹⁰ Kahl/Weber, Verwaltungsrecht⁶ 36.

⁸¹¹ Öhlinger, JBl 1971, 284.

⁸¹² F. Bydliniski, Methodenlehre² 601.

Von einem Gesetzgeber eines modernen Rechtsstaates ist zu erwarten, dass er die ihm zur Verfügung stehenden Kommunikationsmittel innerhalb des gegebenen rechtlichen Kontextes möglichst effizient nutzt. Weil es zur charakteristischen Funktion des Verwaltungsrechts gehört, klare Grenzen zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Verwaltungshandeln zu ziehen und damit Vorhersehbarkeit und Rechtsklarheit zu gewährleisten, ist beim Verwaltungsrechtsgesetzgeber davon auszugehen, dass er die ihm zur Verfügung stehenden Kommunikationsmittel in besonderer Weise im Sinne des verwaltungsrechtlichen Zweckes einsetzt. Wie schon erörtert wurde, so stellt die kommunikative Verwendung semantischer Bedeutungen, in aller Regel eine besonders klare und transparente Kommunikation sicher.⁸¹³ Ist also „die Zielsetzung des Gesetzes [...] speziell darauf gerichtet, aus Gründen der Rechtsklarheit und Zweckmäßigkeit [...] feste und leicht erkennbare Abgrenzungen zu schaffen“⁸¹⁴, so lässt sich dem Gesetzgeber in grundsätzlicher Weise der Wille zuschreiben, seine normative Kommunikation möglichst auf die von ihm verwendeten semantischen Bedeutungen zu beschränken. Nicht übersehen werden darf dabei jedoch die sprachökonomische Relevanz pragmatischer Kommunikationsformen. Je nach Kontext können auch sie wesentlich zur klaren und effizienten Vermittlung von Inhalten beitragen.

Es liegt daher nahe, dass Interpreten den Sinngehalt einer verwaltungsrechtlichen Vorschrift zunächst innerhalb der enthaltenen semantischen Bedeutungen verorten. Dementsprechend darf bis zu einem gewichtigen dagegensprechenden Grund *vermutet* werden, dass sich der Verwaltungsrechtsgesetzgeber keiner pragmatischen Kommunikationsmittel bedient hat, die über den äußersten Bedeutungsgehalt der verwendeten Semantik hinaus einen zusätzlichen normativen Sinn transportieren. Pragmatische Indizien können jedoch kontextabhängig erhebliche Überzeugungskraft entfalten und die Vermutung zugunsten der Semantik durchbrechen.

Besonders im Bereich der Eingriffsverwaltung ist jene Vermutung zugunsten einer ausdrücklichen, auf der Semantik beruhenden Kommunikation des Gesetzgebers stark ausgeprägt. Die Regelung belastender Verwaltungsakte verlangt aufgrund der gesteigerten Relevanz des rechtsstaatlichen Grundprinzips, des Legalitätsprinzips und der Publikationsvorschriften eine verstärkte Berücksichtigung der Vertrauensschutzfunktion

⁸¹³ Siehe dazu oben IV.B.2.

⁸¹⁴ F. Bydliniski, Methodenlehre² 603.

semantischer Bedeutungen.⁸¹⁵ Wie Holzinger in diesem Zusammenhang hervorhebt, besteht „im Bereich der Eingriffsverwaltung für den Rechtsunterworfenen ein besonderes Schutzbedürfnis, welches vor allem der Vorhersehbarkeit von Rechtsfolgen dienen soll“, weshalb „der Wortlaut (bzw. der Wortsinn) bei der Auslegung von Normen einen besonderen Stellenwert“⁸¹⁶ einnimmt.

Die rein pragmatische oder rein implizite Kommunikation belastender Rechtsnormen wäre „mit diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen im Regelfall nur schwer in Einklang zu bringen“, da „die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns durch eine klare und damit vor allem semantische Ausdrucksweise sichergestellt wird“⁸¹⁷. Mit zunehmender Intensität des Eingriffes in rechtliche Freiheiten ist umso eher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine präzise Verwendung semantischer Bedeutungen anstrebt.⁸¹⁸ In diesem Sinne weist Potacs darauf hin, „dass von Verfassungs wegen wohl eine umso strengere Determinierungspflicht für behördliches Handeln zu verlangen ist, je mehr dieses in die individuellen – vor allem grundrechtlich geschützten – Dispositionsmöglichkeiten eingreift, das heißt, je ‚belastender‘ bzw. ‚eingriffsintensiver‘ es ist“⁸¹⁹. Dies sei eine Konsequenz aus der Einsicht, „dass die verfassungsrechtliche Determinierungspflicht auch dem individuellen Rechtsschutz dient und die individuelle Schutzbedürftigkeit mit zunehmender Belastung durch Verwaltungsakte wächst“⁸²⁰. Daher müsse „der jeweiligen Eingriffsintensivität belastender Verwaltungsvorschriften [...] auch bei deren Auslegung Rechnung getragen werden“, sodass „Umkehrschluss- und Wortsinninterpretation [...] umso mehr Bedeutung [gewinnen], je eingriffsintensiver die auszulegenden Verwaltungsvorschriften sind“⁸²¹.

In der Regel sind eingriffsintensive Normen des Verwaltungsrechts also innerhalb des semantischen Bedeutungsrahmens auszulegen, der sich durch eine Wortsinninterpretation ergibt. Vor diesem Hintergrund kann auch von einem „Vorrang der Wortsinninterpretation“ gesprochen werden, der „auf Grund des Legalitätsprinzips insbesondere bei belastenden rechtlichen Anordnungen zum Tragen kommt“⁸²².

⁸¹⁵ Vgl. dazu Kerschner, Methodenlehre 160.

⁸¹⁶ Holzinger, Die Analogie und der Missbrauch, taxlex 2016, 284 (285).

⁸¹⁷ Potacs in FS Rill 575.

⁸¹⁸ Potacs, ZfV 2015, 233; Potacs in FS Rill 576.

⁸¹⁹ Potacs in FS Rill 575-576.

⁸²⁰ Potacs in FS Rill 575-576.

⁸²¹ Potacs in FS Rill 575-576.

⁸²² Potacs, ZfV 2015, 233.

Bydlinski hält in Bezug auf die Auslegung eingriffsintensiven Verwaltungsrechts sogar ein „strafrechtsähnliche[s] [...] Analogieverbot“⁸²³ für denkbar. Die Annahme eines Analogieverbots in der Eingriffsverwaltung wird jedoch der Komplexität moderner Verwaltungsfunktionen nicht gerecht. Im Zuge des „Wandel[s] vom Ordnungsstaat zum Leistungsstaat“⁸²⁴ ist vielmehr von fließenden Übergängen zwischen eingriffs- und leistungsorientierten Zwecken von Verwaltungsvorschriften auszugehen. Eine für den Bereich der Eingriffsverwaltung geltende aber *widerlegbare Vermutung* zugunsten einer Kommunikation im Rahmen der Semantik erscheint daher besser geeignet, der funktionalen Realität des Verwaltungsrechts gerecht zu werden, als ein striktes Analogieverbot.

Ein solches, verstanden als grundsätzlicher Ausschluss der rein pragmatischen Auslegung, ist zunächst allein im Verwaltungsstrafrecht anzunehmen und auch dort nur insoweit, als es dem Rechtsstatus der jeweils beschuldigten Partei zugutekommt (Analogieverbot *in malam partem*).⁸²⁵

Selbst aber im Verwaltungsstrafrecht ist die Annahme einer absoluten Geltung des Analogieverbots *in malam partem* mit Problemen behaftet. Bestehende Anforderungen an die Vorhersehbarkeit und Klarheit der zugehörigen Vorschriften sowie der geringere sozioethisch-pönale Charakter des Verwaltungsstrafrechts lassen die absolute Geltung zweifelhaft erscheinen.⁸²⁶ Hinzutritt, dass eine scharfe funktionale Trennung zwischen verwaltungsstrafrechtlichen und anderen verwaltungsrechtlichen Regelungsbereichen vielfach schwer möglich ist, da zahlreiche Gesetze des Verwaltungsrechts durch verwaltungsstrafrechtliche Tatbestände sanktioniert werden. Es existiert damit auch zwischen diesen Bereichen ein fließender Übergang. Aus diesem Grund ist im Verwaltungsstrafrecht zwar von einer starken, aber dennoch bloß von einer widerlegbaren Vermutung zugunsten der semantikkonformen Interpretation einer Rechtsvorschrift auszugehen.

An der Vermutung zugunsten der Semantik in eingriffsintensiven Bereichen des Verwaltungsrechts ändert sich, so Potacs, „auch durch das ‚differenzierte Legalitätsprinzip‘

⁸²³ F. Bydlinski, Methodenlehre² 601: So auch Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar³ §§ 6 & 7 Rz 135: „Einem weitgehenden Analogieverbot wird im Verwaltungsrecht im Bereich der Eingriffsverwaltung das Wort geredet.“

⁸²⁴ Öhlinger, JBl 1971, 287.

⁸²⁵ Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar³ §§ 6 & 7 Rz 136.

⁸²⁶ Näheres dazu oben bei IV.C.3.d.

prinzipiell nichts“⁸²⁷. Zwar fordert dieses Prinzip „von Verfassungen wegen in jenen Bereichen eine weniger strenge materielle Determinierung, in denen flexibles Verwaltungshandeln sinnvoll erscheint“, doch auch „in diesen Bereichen [...] ist eine prinzipielle Bindung an den semantischen Sinngehalt anzunehmen [...]. Denn selbst in solchen Fällen wird von der Vertrauensschutzfunktion des semantischen Sinngehalts zumindest der ‚Rahmen‘ behördlichen Handelns erfasst“⁸²⁸.

Die methodische Vorgehensweise bei der Interpretation belastender Verwaltungsvorschriften folgt ferner dem Grundsatz der „Auslegung nach dem geringsten Eingriff“⁸²⁹. Im Zweifel „[dürfen sich] in rechtsstaatlichen Ordnungen mit relativ strengem Determinierungsgebot [...] Auslegungsprobleme [...] nicht zu Lasten von Rechtsunterworfenen auswirken. [...] Für die Auslegung belastender Verwaltungsvorschriften folgt daraus, daß [sic!] diese im Zweifel im Sinne des geringsten Eingriffs in individuelle Dispositionsmöglichkeiten zu verstehen sind“⁸³⁰. Die Vermutung zugunsten des gesetzgeberischen Willensausdruckes innerhalb der verwendeten semantischen Bedeutungen wird somit durch eine Zweifelsregel zugunsten geschützter Rechtspositionen ergänzt.

Im Gegensatz zum Recht der Eingriffsverwaltung ist das Recht der Leistungsverwaltung nicht grundsätzlich unter der Prämisse einer Vermutung zugunsten der Semantik zu interpretieren.⁸³¹ Dessen Funktion bedingt, dass die vom Gesetzgeber beabsichtigten Begünstigungen in voller Tragweite durch die Auslegung der jeweiligen Rechtsvorschrift zum Vorschein kommen. Anders als im strikt durch das rechtsstaatliche Prinzip geprägten Eingriffsrecht ist bei leistungsorientierten Rechtsnormen nicht im gleichen Maße zu erwarten, dass der Gesetzgeber seinen Willen ausschließlich innerhalb der semantischen Grenzen der verwendeten Begriffe kommuniziert. Es kann dem Gesetzgeber vielmehr zugestanden werden, dass er seinen Willen durch eine effektive Kombination semantischer und pragmatischer Indizien kommuniziert, um der leistenden Funktion der jeweiligen Rechtsnorm gerecht zu werden.

⁸²⁷ *Potacs* in FS Rill 576.

⁸²⁸ *Potacs* in FS Rill 576.

⁸²⁹ *Potacs* in FS Rill 579.

⁸³⁰ *Potacs* in FS Rill 580.

⁸³¹ *Öhlinger*, JBl 1971, 287.

Insgesamt ergibt sich ein nuanciertes Bild für die theoretische Betrachtung des Vorrangs der Wortsinninterpretation im Verwaltungsrecht. Aufgrund verschiedenartig starker rechtsstaatlicher Anforderungen lässt sich, abgesehen vom Analogieverbot *in malam partem* im Verwaltungsstrafrecht, vor allem eine tendenziöse Vermutungsregel formulieren. Entsprechend muss der Vertrauensschutzfunktion des semantischen Bedeutungsgehalts bei der Interpretation von verwaltungsrechtlichen Vorschriften in jeweils unterschiedlichem Ausmaß Rechnung getragen werden.

In leistungsorientierten Bereichen des Verwaltungsrechts fehlt die Notwendigkeit einer exakten Beachtung der semantischen Vertrauensschutzfunktion. Dies kommt wohl in einer verstärkten Verwendung pragmatischer Kommunikationsmittel zutage.⁸³² Bei eingriffsnahen Verwaltungsgesetzen hingegen liegt es nahe, eine möglichst explizite Kommunikationsweise zu erwarten.⁸³³

In Übereinstimmung mit der teleologischen Betrachtung des Verwaltungsrechts lässt sich sohin die These einer *kontextuell zu relativierenden Vermutung zugunsten der semantikkonformen Interpretation einer Rechtsvorschrift* aufstellen. Denn „aus der Funktion des Verwaltungsrechts, das Handeln der Verwaltung an das Gesetz zu binden, [ergibt sich] die allgemeine Tendenz, das Gesetz der Disposition durch die ihm unterworfenen Organe möglichst zu entziehen“⁸³⁴ und es an klar erkennbare und nachvollziehbare (semantische) Vorgaben zu knüpfen. Die Verknüpfung des Gesetzes mit klaren semantischen Vorgaben ist im Bereich des Verwaltungsstrafrechtes am strengsten ausgestaltet. Für den Bereich des Eingriffsrechtes gelten die Vorgaben der Vertrauensschutzfunktion der Semantik mit einer grundsätzlich stark gewichteten Vermutung zugunsten ihrer Einhaltung. Die Interpretation verwaltungsrechtlicher Vorschriften, die primär einen Leistungsgedanken verfolgen, kann schließlich mit der wachsenden Bereitschaft einhergehen pragmatische Kriterien in die rechtliche Erkenntnis miteinfließen zu lassen.

Der methodischen Auffassung des VwGH, welche den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung bildet, wonach das Verwaltungsrecht von „der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt

⁸³² Potacs, ZfV 2015, 233.

⁸³³ Vgl. dazu Berka, Das „eingriffsnahes Gesetz“ und die grundrechtliche Interessenabwägung, in FS Walter (1991) 37 (43), über die „gesteigerte grundrechtliche Determinierungspflicht“, welche die Gesetzgebung bei der Verfassung eingriffsnaher Gesetze trifft.

⁸³⁴ Antoniolli/Koja, Verwaltungsrecht² 92.

ist“ und daher „eine auftretende Rechtslücke im Zweifel als beabsichtigt“⁸³⁵ anzusehen sei, kann zumindest in eingeschränktem Maße zugestimmt werden.

Die im Rahmen dieser Arbeit vorgenommene Suche nach methodischen Leitlinien des Verwaltungsrechts hat ergeben, dass der Zweck verwaltungsrechtlicher Vorschriften häufig in enger Verbindung zu sachverhaltsbezogenen Einzelfallkonstellationen steht. Anders als das zumeist kodifikatorisch angelegte Zivilrecht ist das Verwaltungsrecht durch eine höhere Kontingenz und Situationsbezogenheit geprägt. Vor diesem Hintergrund ist dem Verwaltungsgerichtshof darin zuzustimmen, dass er mit der Betonung auf „einzelne Rechtsbeziehungen“ auf diesen Charakter des Verwaltungsrechts zutreffend hinweist.

Aus dieser Teleologie und den einschlägigen Prinzipien der Rechtssicherheit, der Gesetzmäßigkeit, der Vorhersehbarkeit und der sprachlichen Klarheit (Deutlichkeit) ergeben sich besondere Anforderungen an das kommunikative Verhalten des Verwaltungsgesetzgebers. Daraus folgt die soeben genannte interpretative Vermutung zugunsten der Semantik verwaltungsrechtlicher Vorschriften.

Dem VwGH ist auch zuzustimmen, wenn er mit der Wendung, wonach eine Rechtslücke „im Zweifel als beabsichtigt“ anzusehen sei, eine grundsätzliche Vermutung gegen die interpretative (analoge) Schließung semantischer Lücken formuliert. Diese Vermutung darf jedoch nur als generelle Tendenz, also nicht als absolut, verstanden werden und sie ist stets kontextuell zu relativieren. Heranzuziehende aus dem Kontext entspringende Abwägungskriterien können dabei insbesondere die Eingriffsintensität einer Vorschrift und die jeweilig geltenden Anforderungen an die sprachliche Klarheit sein. Auf diese Differenzierung geht der VwGH nicht weiter ein und ob ihm dies angesichts der Abfassung eines generellen Rechtsatzes anzulasten ist, bleibt fraglich.

E. Zusammenfassung und Synthese

Dieses Kapitel hat sich mit der Gewichtung von semantischen und pragmatischen Indizien bei der Interpretation von Rechtsvorschriften, insbesondere verwaltungsrechtlicher Rechtsvorschriften, beschäftigt. Speziell wurde gefragt, ob bestimmte Faktoren einen „Gewichtungsschlüssel“ bei der Auslegung des Verwaltungsrechts vorschreiben.

⁸³⁵ VwGH 03.11.1978, 0970/75; siehe auch bei VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050; 08.09.1998, 96/08/0207; 30.09.1994, 93/08/0254; 24.09.1982, 82/08/0139.

Drei Kategorien mögliche Einflussfaktoren wurden hierbei berücksichtigt: 1) Lehren, die aus der allgemeinen zwischenmenschlichen Kommunikationspraxis gezogen werden können, 2) Vorgaben, die sich aus dem positiven Recht selbst in Form von positivrechtlichen Auslegungsregeln ergeben 3) und schließlich methodische Prinzipien, die aus einer teleologischen Betrachtung des Verwaltungsrechts gewonnen werden können.

Im Rahmen der näheren Betrachtung der allgemeinen Kommunikationspraxis wurden die Konzepte der „strengen“ und der „gesprächsbezogenen“ linguistischen Verantwortung vorgestellt. Die strenge Form der linguistischen Verantwortung bedingt, dass sich ein Sprecher den von ihm geäußerten semantischen Gehalt als kommuniziert zurechnen lassen muss. Die gesprächsbezogene Form der linguistischen Verantwortung gibt hingegen vor, dass sich ein Sprecher vorrangig den von ihm intendierten Sinngehalt als kommuniziert zurechnen lassen muss. Die jeweilige spezifische Äußerungssituation gibt dabei vor, welche Art der linguistischen Verantwortung zum Tragen kommt.

Im Kontext der rechtlichen Kommunikation wird die Art der geltenden linguistischen Verantwortung zum einen aus der Sprachverwendung des Gesetzgebers und zum anderen aus Verweisen auf Prinzipien des rechtlichen Vertrauensschutzes abgeleitet.

Schäffer sieht die Aufgabe der Semantik etwa in der Absteckung eines normativen Rahmens gelegen, welcher die Anzahl möglicher Interpretationshypothesen einschränkt. Implizit kommunizierte Inhalte erlangen für ihn demnach keine Rechtsgeltung.

Für Potacs hingegen besitzen semantische Bedeutungen eine sogenannte Vertrauensschutzfunktion. Da Normadressaten in aller Regel auf die gesetzgeberische Verwendung allgemein üblicher Bedeutungen von Worten und Sätzen vertrauen, dürfen diese mit relativ hoher Plausibilität annehmen, dass der Gesetzgeber semantische Bedeutungen tatsächlich dementsprechend verwendet. Die semantische Interpretation genießt somit einen relativen Vorrang in Form einer Vermutung zu ihren Gunsten, welche nur durch besonders überzeugende Argumente widerlegt werden kann.

Bei der Behandlung positivrechtlicher Vorgaben für die Gewichtung semantischer und pragmatischer Indizien wurde der Begriff der positivrechtlichen Auslegungsregel analysiert. Es wurde festgestellt, dass die österreichische Rechtsordnung, mit Ausnahme der §§ 6 und 7 ABGB, keine ausdrücklichen positivrechtlichen Auslegungsregeln normiert. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sie solche in impliziter Form enthält.

So lässt sich auch aus den verfassungsrechtlichen Publikationsvorschriften und dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG eine grundsätzliche Vermutung zugunsten des Umkehrschlusses und gegen die analoge Ergänzung des Wortsinns einer Rechtsvorschrift ableiten. Auch gemäß dem Gleichheitssatz des Art 7 Abs 1 B-VG können Anforderungen an die intersubjektive Nachvollziehbarkeit von Rechtsvorschriften angenommen werden, wonach grobe Diskrepanzen zwischen semantischer Bedeutung und normativem Gehalt zu Konflikten führen.

Die aus diesen Vorschriften ableitbare Vermutung zugunsten der semantikkonformen Interpretation ist mit Blick auf die zentrale sprachökonomische Funktion pragmatischer Indizien zu relativieren. Die Pragmatik stellt ein unverzichtbares Mittel effizienter Kommunikation dar. Anforderungen an Vorhersehbarkeit, Klarheit, Deutlichkeit und Nachvollziehbarkeit von Rechtsvorschriften umfassen aus diesem Grund auch die Pflicht pragmatisch kommunizierte Inhalte zu berücksichtigen, sofern hinreichend bewiesen werden können.

Schließlich ist dem Art 7 Abs 1 EMRK ein Klarheitsgebot sowie ein Analogieverbot zu entnehmen. Danach ist der Inhalt (verwaltungs-)strafrechtlicher Vorschriften vorrangig auf Basis und zumindest innerhalb der Grenzen der Semantik zu erschließen. Jede Form der Interpretation, die ausschließlich auf implizit kommunizierte Norminhalte abstellt, ist zunächst ausgeschlossen (Verbot von Methoden der reinen Pragmatik). Im Strafrecht hat der Gesetzgeber also die Verpflichtung seinen Willen möglichst innerhalb der Grenzen der Semantik zu kommunizieren, wobei die daraus resultierende Vermutung zugunsten semantischer Bedeutungen besonders stark ausgeprägt ist.

Der Grundsatz strafrechtlicher Vorhersehbarkeit und die damit einhergehende Anforderung sprachlicher Klarheit erfordern aber auch hier die situationsbezogene Berücksichtigung pragmatischer Indizien. Insbesondere ist im Verwaltungsstrafrecht von einer weniger stark ausgeprägten Vermutung zugunsten der Semantik auszugehen. Dies ergibt sich sowohl aus dem geringeren pönalen Charakter des Verwaltungsstrafrechts als auch aus der Formulierung des § 1 Abs 1 VStG.

Im Zuge der teleologischen Betrachtung des Verwaltungsrechts wurde mit Öhlinger festgehalten, dass die Interpretation des Verwaltungsrechts unter der hermeneutischen Grundnorm der Rechtssicherheit zu vollziehen ist. Von einem Gesetzgeber moderner

Rechtsstaaten ist zu erwarten, dass er die ihm zur Verfügung stehenden Kommunikationsmittel möglichst effizient nutzt, um für Rechtsklarheit und eindeutige Grenzen zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Verwaltungshandeln zu sorgen. Die Semantik gewährleistet dabei in ihrer Vertrauensschutzfunktion eine besonders klare und transparente Kommunikation. Dadurch ergibt sich ein gewisser Vorrang der Wortsinninterpretation, der einer Vermutung zugunsten eines semantischen Rahmens und einer Zweifelsregel gegen die Vornahme eines rechtlichen Analogieschlusses gleichkommt.

Vor allem in eingriffsintensiven Bereichen des Verwaltungsrechts ist dem Gesetzgeber zuzusinnen, dass durch die Verwendung semantischer Bedeutungen klare Abgrenzungen zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Verwaltungshandeln geschaffen werden. Im Gegensatz dazu ist im Leistungsrecht nicht von einer gleichartig strikten Bindung an den semantischen Sinngehalt auszugehen. Dies beruht darauf, dass die Gewährung begünstigender Leistungen und nicht der Eingriff in geschützte Rechtsgüter im Vordergrund steht. Dementsprechend ist das berechtigte Vertrauen der Rechtsunterworfenen auf ein vorhersehbares Verwaltungshandeln weniger stark gegeben als im Eingriffsrecht. Es ist daher anzunehmen, dass sich der Gesetzgeber im Leistungsrecht einer situationsgerechten Kombination semantischer und pragmatischer Kommunikationsmittel bedient.

Insgesamt ergibt sich somit ein nuancenreiches Bild der methodischen Vorgaben für die Interpretation des Verwaltungsrechts. Um der jeweiligen Eingriffs- oder Leistungskomponente Rechnung zu tragen, erfordert die Auslegung des Verwaltungsrechts die Annahme einer *kontextuell zu relativierenden Vermutung zugunsten der semantischen Bedeutung* einer Rechtsvorschrift. Dies entspricht wohl der kommunikationstheoretischen Kategorie einer „gesprächsbezogenen“ linguistischen Verantwortung mit strengem Einschlag.⁸³⁶

Abschließend ist an dieser Stelle auf die kritische Position Jestaedts zu semantischen Vorrangstellungen bei der Rechtsinterpretation einzugehen. Diesem zufolge werden hierbei verschiedene Begriffe miteinander vermischt. Wortsinnbetonende Ansätze verwechseln demnach „das Ziel der Auslegung - der Wille des Normsetzers als Inhalt der Norm - mit der Methode, die bei der Erreichung dieses Ziel[s] mithelfen soll - dem Wortlaut der Norm“⁸³⁷.

⁸³⁶ Zu den Kategorien der „strengen“ und der „gesprächsbezogenen“ linguistischen Verantwortung siehe oben IV.B.1.

⁸³⁷ Jestaedt, ZÖR 2000, 156.

Er betont in diesem Zusammenhang, dass „die *Form* der Normerzeugung nicht ohne Weiteres mit deren *Inhalt* identifiziert werden [kursiv im Original]“⁸³⁸ könne. Ferner weist Jestaedt darauf hin, dass dem Gesetzgeber in einer differenzierten Rechts- und Gesellschaftsordnung generell nicht die Wahl bleibt, ob er seine Norm zu Text trägt oder nicht. Die Herleitung eines Wortsinnvorranges allein aus der Sprachverwendung des Gesetzgebers mache daher zu viel aus einem trivialen Umstand.⁸³⁹ Dagegen postuliert Jestaedt, dass für die Entstehung und inhaltliche Bestimmung von Rechtsnormen nur der Wille des Rechtsetzers maßgeblich ist, in keiner Weise aber die sprachliche Form, durch diese der Wille bloß vermittelt wird.

In Beantwortung dieser Kritik ist zunächst auf die Unterscheidung zwischen unechten und echten Auslegungsregeln aufmerksam zu machen. Unechte Auslegungsregeln fungieren im rechtstheoretischen Sinne als Erzeugungsregeln, da sie festlegen, welcher Lebenssachverhalt für das Entstehen und die inhaltliche Determinierung einer Rechtsnorm maßgeblich ist. Echte Auslegungsregeln hingegen verpflichten Rechtsunterworfenen zur Wahl eines bestimmten Auslegungsmittels.

Bei der Darstellung der Kriterien zur Bestimmung einer Gewichtungsregel wurde bewusst auf eine Einordnung der einzelnen Erwägungen in diese Dichotomie verzichtet, weil die meisten dieser methodischen Regeln nicht eindeutig einer der beiden Kategorien zuzuordnen sind. Der Zweck der behandelten Kriterien liegt primär in der Plausibilisierung eines im Zweifelsfall anzunehmenden Verhaltens des Gesetzgebers.

Im Kontext der rechtlichen Kommunikation trägt der Gesetzgeber die Verantwortung, seine Botschaft möglichst effizient und unmissverständlich zu übermitteln. Aus diesem Grund legt die sprachliche Ausdrucksweise des Gesetzgebers nahe, die Vertrauensschutzfunktion der Semantik zu berücksichtigen. Auch die Publikationsvorschriften legen es dem Gesetzgeber nahe, die Vertrauensschutzfunktion der Semantik zu beachten, da andernfalls die Zweckmäßigkeit der Kundmachung beeinträchtigt werden würde. Darüber hinaus folgt auch aus der rechtsstaatlichen Funktion des Verwaltungsrechts, dass der Gesetzgeber, wenn möglich, seinen Willen inhaltlich in den Grenzen der verwendeten Semantik zu kommunizieren hat.

⁸³⁸ Jestaedt, ZÖR 2000, 156.

⁸³⁹ Jestaedt, ZÖR 2000, 156-157; Für eine weitere kritische Haltung gegenüber wortsinnbetonenden methodischen Herangehensweisen siehe Lienbacher, Hat der Wortlaut wirklich Vorrang? ZfV 2015, 194.

Diese Kriterien stellen weder echte noch unechte Auslegungsregeln dar. Sie sind widerlegbare methodologische Vorgaben, die einem Rechtsinterpreten dabei helfen, das Kommunikationsverhalten des Gesetzgebers zu rationalisieren. Bereits zuvor wurden solche Vorgaben mit den in der Sprachphilosophie bekannten pragmatischen Prinzipien verglichen und, im Sinne von Potacs, als Zusinnbarkeitskriterien bezeichnet.⁸⁴⁰

Die von Jestaedt erhobene Kritik betrifft die Gefahr, die Form der Willensvermittlung (Kommunikation) mit dem Inhalt einer Norm zu verwechseln. Diese Kritik greift bei der Postulierung eines interpretativen Vorranges zugunsten semantischer Kriterien, in Gestalt eines einschlägigen Zusinnbarkeitskriteriums, nicht. Ein solches unterscheidet klar zwischen dem Inhalt einer Norm und den Kommunikationsindizien, die auf diesen Inhalt hinweisen. Es beschreibt lediglich ein erwartbares Verhalten des Gesetzgebers. Eine normative Verknüpfung zwischen diesem Verhalten und der inhaltlichen Determinierung der Rechtsnorm findet nicht statt. Die grundlegende inhaltliche Determinante einer rechtlichen Anordnung bleibt stets ein *kommunizierter Willensakt*.

⁸⁴⁰ Siehe dazu oben II.F.4.

ZWEITER TEIL

V. Einleitung der Judikaturanalyse

In diesem Teil der Arbeit soll die analogiebezogene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes systematisch dargestellt und analysiert werden. In diesem Zusammenhang dienen die begrifflichen Unterscheidungen des ersten Teils dieser Arbeit der systematischen Einteilung jener Rechtsprechung. Zudem liefern die Erkenntnisse des ersten Teils wichtige Maßstäbe, anhand derer Kritik an der analogiebezogenen Rechtsprechung des VwGH geübt werden kann. Die kritische Würdigung soll im Folgenden jedoch nicht vordergründig sein. Vielmehr ist es das Ziel, bestehende Grundsätze und rote Linien der Rechtsprechungspraxis hervorzuheben und anschaulich darzustellen.

In seinem Buch „Auslegung im öffentlichen Recht“⁸⁴¹ aus dem Jahr 1994 hat Potacs einen wichtigen Meilenstein der Analyse der Verwendung pragmatischer Auslegungsmethoden, insbesondere auch der Analogiebildung, durch den VwGH gelegt. Seither wurde keine eingehende Darstellung der analogiebezogenen Rechtsprechung des VwGH veröffentlicht. Aus diesem Grund soll in weiterer Folge ein Schwerpunkt auf die VwGH-Rechtsprechung der letzten 30 Jahre gelegt werden. Die vorliegende Analyse kann zudem keinen Anspruch auf umfassende Vollständigkeit erheben. Es werden lediglich besonders hervorstechende analogiebezogenen Rechtsprechungslinien nachgezeichnet, wobei dies anhand der Vorstellung einzeln ausgewählter VwGH-Erkenntnisse geschieht.

Im ersten Kapitel dieses Teils wird der Analogiebegriff des VwGH besprochen. Vor allem die Kriterien der „Ergänzung des Wortlauts“ und der „Füllung einer Rechtslücke“ bedürfen in diesem Zusammenhang einer eingehenden Behandlung. Zum Schluss des ersten Kapitels wird dahingehend eine Bewertung abgegeben, ob der Rechtsprechung des VwGH ein kohärentes und spezifisches Analogieverständnis abgerungen werden kann, oder ob jener ein widersprüchliches und unbestimmtes Bild der Analogie zugrunde liegt.

Im zweiten Kapitel dieses Teils wird die Methode der Analogiebildung des VwGH näher beleuchtet. Dabei werden einzelne Gesichtspunkte betrachtet, anhand derer der VwGH die Annahme oder die Ablehnung der Vornahme eines Analogieschlusses begründet. Das grundsätzlichsste Kriterium der Analogiebildung ist in diesem Zusammenhang deren

⁸⁴¹ Potacs, Auslegung im Öffentlichen Recht: Eine vergleichende Untersuchung der Auslegungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (1994).

anwendungsbezogene Zulässigkeit im Verwaltungsrecht. In einem engen Verhältnis dazu steht auch die Annahme einer sogenannten „Zweifelsregel“ der Analogieanwendung durch den VwGH. Weitere Gründe, die in der Rechtsprechung des VwGH zum Ausdruck kommen, sind die des textlichen Zusammenhangs, insbesondere der Systematik und der Verfassungskonformität, der Teleologie und des historischen Hintergrunds einer Bestimmung. Auch am Ende des zweiten Kapitels steht eine zusammenfassende Übersicht der gewonnenen Erkenntnisse.

Das letzte Kapitel dieses Teils befasst sich mit verschiedenen Erscheinungsformen des Verwaltungsrechts und deren Einfluss auf die Analogie-Rechtsprechung des VwGH. Ziel des Kapitels ist es nachzuvollziehen, ob der VwGH die Beachtung unterschiedlicher Maßstäbe für die Bildung von Analogieschlüssen innerhalb verschiedener Bereiche des Verwaltungsrechts für angebracht hält. Ebenso endet dieses Kapitel mit einer kurzen Beschreibung der gewonnenen Erkenntnisse.

VI. Analogiebegriff

A. Abweichen vom Wortlaut

Die herrschende Lehre beschreibt den Analogieschluss als eine Methode der Gewinnung rechtlicher Inhalte, die über die semantische Bedeutung der jeweilig in Betracht gezogenen Rechtsvorschrift hinausgeht.⁸⁴² Die Rechtsprechung des VwGH bestätigt diese theoretische Ausgangslage weitgehend.

Vielfach spricht der VwGH im Rahmen der Diskussion über die Zulässigkeit eines Analogieschlusses davon, ob „ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut“⁸⁴³ erlaubt sei. Das *Abweichen vom Gesetzeswortlaut* sei, nach Meinung des VwGH, zulässig, insofern die Bildung eines Analogieschlusses den Rückschluss auf den „Wille(n) des Gesetzgebers“ bezweckt und eindeutig festgestellt werden kann, dass dieser „in der getroffenen Regelung“ nicht „zum Ausdruck kommt“⁸⁴⁴.

Neben dem Abweichen vom Wortlaut bezieht sich der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zulässigkeit der Analogiebildung auch auf den Umstand einer *zu engen Fassung des Wortlauts*. So kann seiner Meinung nach die Vornahme eines rechtlichen Analogieschlusses gerechtfertigt sein, wenn „der Gesetzgeber [...] den Wortlaut [...] zu eng gefaßt [sic!] hat“⁸⁴⁵. Auch dieses Kriterium impliziert eine Gegenüberstellung des gesetzgeberischen Willens mit dem expliziten Wortlaut der kundgemachten Rechtsvorschrift.

Eine weitere Formulierung, die der VwGH im Rahmen der gegenständlichen Diskussion verwendet, ist die des *Wegargumentierens des Wortlautes*. Das Höchstgericht betont, dass im Falle der Inexistenz einschlägiger Indizien der „maßgebliche[n] Wortlaut“ einer Rechtsvorschrift, nicht durch die Anwendung eines Analogieschlusses „wegzuargumentieren“⁸⁴⁶ ist. Daraus lässt sich schließen, dass der VwGH die Auffassung

⁸⁴² Näheres dazu oben bei III.C.3.b.

⁸⁴³ VwGH 25.02.2021, Ro 2019/16/0015; 29.07.2020, Ra 2019/07/0079; 22.03.2019, Ra 2018/04/0089; 30.04.2015, 2013/15/0086; 28.03.2014, 2014/02/0033; 20.03.2013, 2009/13/0101; 28.06.2012, 2008/15/0300; 25.10.2011, 2008/15/0200; 27.04.2005, 2001/14/0114.

⁸⁴⁴ Ebenda.

⁸⁴⁵ VwGH 04.09.1997, 96/18/0134 = ZfVB 1999, 911; Vgl auch VwGH 17.12.2007, 2007/12/0061 = ZfVB 2008, 1195.

⁸⁴⁶ VwGH, 24.05.2000, 2000/12/0074 = ZfVB 2001, 1618.

vertritt, der Wortsinn einer Rechtsvorschrift könnte im Falle des Vorliegens einschlägiger Indizien durchaus durch einen Analogieschluss relativiert werden.

Darüber hinaus verwendet der VwGH die Formulierung der „Ergänzung des Wortlauts“ einer Rechtsvorschrift. Der Analogieschluss dient dem VwGH sohin als methodisches Instrument, um Inhalte des gesetzgeberischen Willens zu ermitteln, die nicht explizit im Wortsinn einer Rechtsvorschrift zum Ausdruck kommen, sondern durch implizit kommunizierte Inhalte ergänzt werden. Er spricht demnach davon, dass der „Wortlaut“ einer zu interpretierenden Rechtsvorschrift durch Analogie „zu ergänzen“⁸⁴⁷ ist, um dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden.

Nicht zuletzt erweist sich die Rechtsprechung des VwGH zur sogenannten *Klarheitsregel*, bezüglich dessen Sichtweise auf den Analogieschluss, als aufschlussreich. Die Klarheitsregel besagt, dass, sofern „der eindeutige und klare Wortlaut einer Vorschrift Zweifel über den Inhalt der Regelung nicht aufkommen [lässt]“⁸⁴⁸, keine weiteren Interpretationsmethoden heranzuziehen sind. Ein klarer und eindeutiger Wortlaut führt demnach zu einem vorzeitigen Auslegungsstopp. Ganz in diesem Sinne betont Kerschner, „dass bei Übereinstimmung des klaren Gesetzeswortlautes mit der deutlich erweislichen Absicht des historischen Gesetzgebers der Auslegungsprozess beendet ist und es keiner weiteren Schritte bedarf“⁸⁴⁹.

Der VwGH zeigt in weiten Teilen seiner Rechtsprechung eine Präferenz für das Auslegungsprinzip *in claris non fit interpretatio*.⁸⁵⁰ Nach seiner Interpretation dieses Grundsatzes ist bei „der Auslegung in erster Linie entscheidend, ob die sprachliche Fassung einen klaren und eindeutigen Sinn des Gesetzessatzes ergibt“⁸⁵¹. Sobald ein klarer Gesetzeswortlaut zu erkennen ist, besteht „für weitere Auslegungsmethoden grundsätzlich kein Raum“⁸⁵².

⁸⁴⁷ VwGH 30.11.2000, 98/18/0408 = ZfVB 2002, 809.

⁸⁴⁸ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 95.

⁸⁴⁹ *Kerschner/Mayr*, JAP 2021/2022, Punkt E.3.

⁸⁵⁰ *Potacs*, Auslegung 65 ff.

⁸⁵¹ VwGH 22.09.1992, 89/05/0146 = ZfVB 1993, 1554; Weitere Nachweise bei *Potacs*, Auslegung 65 (FN 73).

⁸⁵² VwGH 22.09.1992, 89/05/0146 = ZfVB 1993, 1554.

Für den VwGH ist die Anwendung der Klarheitsregel ein maßgebliches Argument gegen die Vornahme eines Analogieschlusses.⁸⁵³ Er verweist regelmäßig auf einen klaren Gesetzeswortlaut, um die Zulässigkeit einer Analogie in Zweifel zu ziehen.⁸⁵⁴ Ausdrücklich führt er etwa aus, dass bei Vorliegen eines „klaren Wortlautes [...] weder für eine historische oder teleologische Interpretation noch gar für eine Analogie Raum“⁸⁵⁵ ist. Der Klarheitsregel entsprechend findet sich auch eine Aussage des VwGH, der zufolge er sich bei Vorliegen eines klaren Wortlauts nicht mit der „Analogiefähigkeit“⁸⁵⁶ einer Bestimmung auseinandersetzen muss.

Ähnlich äußert sich der VwGH regelmäßig im Zusammenhang mit der Beurteilung analog angenommener Ausnahmetatbestände. So hält der Gerichtshof häufig fest, dass, sofern kein „Indiz für eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes“ spricht, davon auszugehen ist, dass jenes „nach seinem klaren Wortlaut keine Ausnahmetatbestimmung [...] enthält“⁸⁵⁷. Der VwGH weist in diesem Zusammenhang eine analoge Begründung nicht ausdrücklich vorgesehener Ausnahmetatbestände unter Bezugnahme auf den klaren Wortlaut einer Rechtsvorschrift zurück.⁸⁵⁸ Für ihn ist die Analogiefähigkeit einer Rechtsvorschrift durch das Vorliegen eines klaren Gesetzeswortlauts ausgeschlossen, da sich in einem solchen Fall der Wortlaut als Indiz für den klaren Willen des Gesetzgebers nicht wegargumentieren lässt. Weil der Analogieschluss stets mit einem Abweichen vom Wortlaut und somit mit dessen Ergänzung einhergeht, ist das Vorliegen eines klaren Wortlauts für den VwGH also ein sicherer Ausschlussgrund für seine Anwendung.

Aufschlussreich für den Analogiebegriff des VwGH ist auch der Vergleich, den dieser zum Begriff der teleologischen Interpretation zieht. Nach Auffassung des VwGH erfordert die Anwendung einer teleologischen Reduktion „jedenfalls das Vorliegen einer planwidrig

⁸⁵³ Siehe etwa VwGH 24.03.1997, 95/19/1421; 24.06.1997, 93/08/0203; 17.05.1995, 94/01/0465; 25.04.1995, 95/14/0012.

⁸⁵⁴ VwGH 06.10.1994, 94/18/0216 = ZfVB 1996, 115: „Der Beschwerdemeinung, die belangte Behörde habe die „Norm des § 88 Abs. 5 FrG unrichtig angewandt, da hier eine Analogie zulässig wäre“, kann nicht beigelegt werden, steht ihr doch der eindeutige Wortlaut der genannten Bestimmung entgegen [...]“; VwGH 28.11.1997, 96/19/2951: „Im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der letztgenannten Bestimmung liegt auch keine Gesetzeslücke vor, welche in Analogie...zu schließen wäre.“; VwGH 21.06.2000, 2000/09/0024: „Eine Anwendung ‚per analogiam‘ - wie die Beschwerdeführerin es fordert - ist nach dem diesbezüglich eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht möglich.“; Vgl auch VwGH 30.03.2004, 2001/06/0132.

⁸⁵⁵ VwGH 19.12.1988, 87/10/0068 = ZfVB 1989, 1571.

⁸⁵⁶ VwGH 26.06.2006, 2003/09/0046 = ZfVB 2007, 1343.

⁸⁵⁷ VwGH, 31.10.1997, 96/19/1860 = ZfVB 1999, 933; Siehe auch VwGH 28.11.1997, 97/19/0306.

⁸⁵⁸ Siehe etwa VwGH 27.04.2017, Ra 2017/12/0015; 10.04.2008, 2007/16/0228; 28.06.2007, 2007/16/0053; 04.02.2000, 99/19/0125; 27.06.1997, 96/19/0593.

überschießenden Regelung“, was „zur Folge [hätte], dass die überschießend geregelten Fallgruppen nicht von der Regelung erfasst würden“⁸⁵⁹.

Besonders interessant ist, dass der VwGH eine spezifische methodische Verbindung zwischen Analogie und teleologischer Reduktion herstellt. Das folgende Zitat verdeutlicht diese Verbindung:

„Soweit der Beschwerdeführer eine Auslegung im äußerst möglichen Wortsinn begrenzt sieht, übersieht er, dass die belangte Behörde keine Auslegung, insb. keine teleologische Interpretation, sondern eine - das Gegenstück zur Analogie bildende - teleologische Reduktion vorgenommen hat, welche den - zu weit gefassten - Wortsinn einschränkt.“⁸⁶⁰

Der Gerichtshof erkennt damit an, dass die rechtliche Analogie das wortsinn-erweiternde Gegenstück zur wortsinn-einschränkenden teleologischen Reduktion darstellt. Daraus lässt sich schließen, dass der VwGH die interpretative Überschreitung des Wortsinnes als ein wichtiges begriffliches Kriterium für die rechtliche Analogie ansieht.

B. Relevante Ähnlichkeit

Auch das Kriterium der „relevanten Ähnlichkeit“ wird vom VwGH explizit erwähnt. Der VwGH verlangt demgemäß in einem seiner Erkenntnisse das Vorliegen einer *sachverhaltsmäßigen Ähnlichkeit*. Die beschwerdeführende Partei führte dabei gegenüber dem VwGH das Vorliegen der Voraussetzungen einer Ermäßigungsbestimmung einer für sie vorteilhaften Tarifpost des Gerichtsgebührengesetzes an, um der Vorschreibung einer Eintragungsgebühr für ein irrtümlich eingetragenes Pfandrecht zu entkommen. Der VwGH verneinte jedoch die analoge Anwendung jener vorteilhaften Tarifpost, weil diese „wegen des gänzlich unterschiedlichen Regelungsinhaltes mit der anzuwendenden Bestimmung [...] nicht vergleichbar“⁸⁶¹ gewesen ist. Insgesamt urteilte der VwGH daher, dass in jenem Fall „keine sachverhaltsmäßige Ähnlichkeit“⁸⁶² zwischen der analog anzuwendenden Rechtsnorm und dem einschlägigen Sachverhalt bestand und wies damit die Zulässigkeit der Anwendung einer rechtlichen Analogie ab.

⁸⁵⁹ VwGH 02.06.2005, 2004/16/0127.

⁸⁶⁰ VwGH 23.09.2005, 2002/15/0028 = FJ 2005, 399.

⁸⁶¹ VwGH 31.05.1995, 95/16/0097 = AnwBl 1996, 6122.

⁸⁶² Ebenda.

In anderen Fällen prüft der VwGH, ob ein ungeregelter Sachverhalt mit einem geregelten Tatbestand *vergleichbar* ist.⁸⁶³ So auch in einem jüngeren Verfahren, welches sich um die Konsumation von Erholungsurlaub während der Dienstfreistellung eines Exekutivbeamten drehte. Die zuständige Landespolizeidirektion stellte gegenüber jenem Beamten den Verfall des Anspruches auf Erholungsurlaubes gemäß § 69 Abs 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 mittels Bescheides fest. Der Beamte befand sich während des rechtlichen Verfalls seines Erholungsurlaubes jedoch in einer gesetzlichen Dienstfreistellung aufgrund der Angehörigkeit zu einer COVID-19-Risikogruppe. In der durch den Beamten angestregten Beschwerde gegen den Feststellungsbescheid schlug dieser die analoge Anwendung der Voraussetzungen einer Bestimmung im BDG vor, wonach bei Vorliegen von Krankheit, Unfall oder Gebrechen ein Aufschub des Verfalls eintreten kann. Der VwGH bestätigte jedoch die Abweisung der Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht. Die gebotene Vergleichbarkeit zwischen Tatbestand und Sachverhalt lag nicht vor, da der Tatbestand des Aufschubes die „Dienstunfähigkeit des Beamten“ verlangte und die Freistellung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer COVID-19-Risikogruppe keine solche Dienstunfähigkeit erforderte. Vielmehr seien Beamte „im zuletzt genannten Fall dienstfähig, werden aber zu ihrem Schutz vor einer Ansteckung mit COVID-19 vom Dienst freigestellt“⁸⁶⁴. Ebenso brachte der Beamte die analoge Anwendung einer Bestimmung des BDG ins Spiel, welche auf das Beschäftigungsverbot gemäß dem Mutterschutzgesetz verwies. Auch hier lag nach Meinung des VwGH keine Vergleichbarkeit vor, da die „Situation“ eines Mannes „grundsätzlich [nicht] mit jener einer werdenden Mutter oder einer Mutter nach der Entbindung [...] vergleichbar [ist]“⁸⁶⁵.

Eine weitere vom VwGH verwendete Formulierung für die Analogievoraussetzung der relevanten Ähnlichkeit ist die der *weitgehenden Ähnlichkeit*. So spricht sich der VwGH für die Zulässigkeit einer Analogie im Falle des Vorliegens einer „weitgehende[n] Ähnlichkeit“ aus, insofern „der vom Wortlaut der Norm nicht mehr erfaßte [sic!] Sachverhalt dem geregelten so ähnlich ist, daß [sic!] seine Außerachtlassung als schwerer Verstoß gegen die Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit gewertet werden müßte [sic!]“⁸⁶⁶. Des Weiteren führt

⁸⁶³ Siehe etwa VwGH 18.02.2022, Ra 2021/04/0137 = ecolex 2022, 341; 24.05.2000, 2000/12/0074; 29.03.2000, 94/12/0021; 26.09.1995, 93/04/0124; 29.08.1995, 95/05/0126; 30.06.1994, 91/06/0174; 12.01.1993, 92/14/0213.

⁸⁶⁴ VwGH 26.09.2023, Ro 2022/12/0006.

⁸⁶⁵ VwGH 26.09.2023, Ro 2022/12/0006.

⁸⁶⁶ VwGH 14.01.1993, 91/09/0230.

der Verwaltungsgerichtshof an mehreren Stellen aus, dass die „Gesetzesanalogie [...] zur Voraussetzung [hat], dass ein zu beurteilender Sachverhalt nicht ausdrücklich von einem bestimmten Tatbestand erfasst wird“ und „auf Grund der weitgehenden Ähnlichkeit mit dem unter den gesetzlichen Tatbestand fallenden Sachverhalt“⁸⁶⁷ die Bildung einer Analogie zulässig ist.

C. Rechtslücke

Wie bereits im ersten Teil dieser Arbeit gezeigt wurde, ist der Begriff der rechtlichen Analogie eng mit dem der Rechtslücke verbunden. Der Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses muss nach nahezu einhelliger Meinung der Lehre die Feststellung einer Rechtslücke vorausgehen.⁸⁶⁸

Der VwGH sieht eine Rechtslücke im Allgemeinen als gegeben an, „wenn das Gesetz planwidrig unvollständig geblieben ist“⁸⁶⁹. Im Besonderen verwendet der VwGH den Begriff der Rechtslücke jedoch in unterschiedlicher Weise. Im Folgenden werden diese abweichenden Verwendungsarten des Rechtslückenbegriffs näher untersucht.

1. Regelungslücke

An vielen Stellen hält der VwGH fest, dass eine Rechtslücke „im Rechtssinn“ dann vorliegt, „wenn die Regelung eines Sachbereiches keine Bestimmung für eine Frage enthält, die im Zusammenhang mit dieser Regelung an sich geregelt werden müsste [sic!]“⁸⁷⁰. Zumeist ergänzt der VwGH diese Aussage mit folgendem Stehsatz:

„Eine Lücke ist demnach nur dort anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht.“⁸⁷¹

⁸⁶⁷ VwGH 21.09.2006, 2004/15/0072; Siehe auch VwGH 07.09.2006, 2006/16/0044; 15.11.2005, 2004/14/0106; 18.06.2002, 2001/16/0409; 23.10.1997, 96/15/0234.

⁸⁶⁸ Siehe dazu oben III.C.

⁸⁶⁹ VwGH 28.06.2004, 2004/10/0055.

⁸⁷⁰ VwGH 15.12.2010, 2009/12/0205; VwGH 20.02.2008, 2007/08/0308; VwGH 19.10.1998, 98/10/0328; VwGH 19.06.1994, 93/07/0162; VwGH 18.01.1994, 93/07/0153; VwGH 09.09.1993, 92/16/0046.

⁸⁷¹ VwGH 12.11.2008, 2008/12/0179 = ZfVB 2009, 1123; 07.09.2006, 2006/16/0044; Vgl auch VwGH 12.10.2021, Ra 2019/11/0015; 31.07.2020, Ra 2020/11/0086; 10.10.2018, Ra 2018/08/0189; 31.03.2017, Ra 2016/13/0034; 29.10.2015, Ro 2015/07/0019.

Der Inhalt dieser Aussage legt nahe, dass der VwGH den Rechtslückenbegriff im Sinne der Regelungslücke mit wertungsjurisprudenzieller Prägung verwendet. Die Existenz einer Rechtslücke setzt demnach für den VwGH das *Fehlen* und die *Ergänzungsbedürftigkeit* einer entsprechenden positiven Rechtsnorm voraus.

Im Zusammenhang mit der Ergänzungsbedürftigkeit einer entsprechenden Regelung nähert sich der VwGH in diesem Stehsatz den Lehren der Wertungsjurisprudenz an, indem er die Erkennbarkeit einer Lücke an die Konzepte der *immanenten Absicht und Teleologie* der Rechtsordnung knüpft.

Auch nach der Lückentheorie von Canaris ist eine Rechtslücke anhand der „immanenten Teleologie des Gesetzes“, die eine „Regelung fordert oder nicht“⁸⁷², zu bestimmen. Die immanente Teleologie äußert sich in der Geltung ungeschriebener und nicht willentlich gesetzter Rechtsnormen in Form von Rechtsprinzipien, deren Feststellung nicht durch Interpretation des „geschriebene[n] Gesetz[es]“⁸⁷³, sondern durch induktive Schlüsse erfolgt.⁸⁷⁴

Diese Sichtweise scheint der VwGH auch an anderen Stellen zu übernehmen. So führt er beispielsweise an, dass „eine beliebige Wahl zwischen Analogie und Umkehrschluss [...] verfehlt [sei]“ und „der Umkehrschluss allein dann begründet [ist], wenn Zweck und Wertung des Gesetzes nur auf den vom Gesetz ausdrücklich erfassten Tatbestand zutreffen“⁸⁷⁵. In einem anderen Fall erklärt der VwGH, dass die Anwendbarkeit des Umkehrschlusses davon abhängt, ob der ausdrückliche Sinn einer Regelung „nach der Teleologie des Gesetzes geboten ist“⁸⁷⁶.

Aus jenen Bemerkungen lässt sich folgern, dass der VwGH der immanenten Teleologie des Gesetzes die Eigenschaft als eigene über den ausdrücklich-positivierten Regelungen stehende Rechtsschicht zuschreibt.⁸⁷⁷ Er nimmt also die Existenz von Rechtsnormen an, die unabhängig von einer willentlichen Positivierung des Gesetzgebers gelten.

Gleichzeitig bemüht sich der VwGH jedoch seine wertungsjurisprudenziellen Tendenzen von bloß subjektiv-emotionalen oder gar politischen Überzeugungen abzugrenzen. Er betont

⁸⁷² Canaris, Lücken 34.

⁸⁷³ Jakl, Freiheit 76.

⁸⁷⁴ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹¹ 498.

⁸⁷⁵ VwGH 17.09.1992, 91/16/0041 = AnwBl 1993, 4351.

⁸⁷⁶ VwGH 24.02.1998, 94/05/0210.

⁸⁷⁷ Siehe dazu oben III.B.3.b. und III.B3.c.

daher, dass „die bloße Meinung [...] eine Regelung sei wünschenswert [, ...] noch nicht die Annahme einer Gesetzeslücke [rechtfertigt]“⁸⁷⁸. In einem jüngeren Erkenntnis stellt der VwGH zusätzlich klar, dass „die bloße Meinung, eine fehlende Regelung wäre rechtspolitisch wünschenswert [...] zur Annahme einer Gesetzeslücke nicht hin[reicht]“⁸⁷⁹.

2. Technische Lücke

Die technische Lücke wurde im ersten Teil dieser Arbeit als eine bestimmte Form der Unbestimmtheit von Rechtsnormen definiert. Dabei wurden mehrere mögliche Varianten rechtlicher Unbestimmtheit herausgearbeitet, wie etwa die der Generalität, der logischen Unanwendbarkeit, der Ambiguität und die der Vagheit. Zurückgehend auf Zitelmann wird das Phänomen der technischen Lücke häufig auch als „echte Lücke“⁸⁸⁰ bezeichnet.

In zahlreichen Erkenntnissen verweist der VwGH darauf, dass „eine Analogie [...] nur im Fall einer sogenannten ‚echten Lücke‘ im Gesetz zulässig“⁸⁸¹ sei. Entsprechend dieser Rechtsprechungslinie kommt „eine analoge Anwendung [...] im Verwaltungsrecht nur im Falle einer ‚echten Lücke‘ [...] in Betracht“⁸⁸².

Eine echte bzw. technische Lücke liegt laut VwGH dann vor, „wenn zwar eine anzuwendende Rechtsvorschrift vorhanden ist, diese aber in bestimmter Richtung nicht präzisiert ist“⁸⁸³. Ein Kriterium der fehlenden Bestimmtheit einer Rechtsnorm ist für den VwGH demnach deren *mangelnde Präzision*.

In anderen Erkenntnissen führt der VwGH aus, dass eine echte Lücke auch vorliegt, wenn „die Vollziehung“ einer Rechtsvorschrift „unmöglich“⁸⁸⁴ ist. Einer ähnlichen Formulierung zufolge ist eine „technische Lücke“ gegeben, „wenn das Gesetz“ ohne einen rechtlichen Analogieschluss „nicht vollziehbar“⁸⁸⁵ wäre. Darüber hinaus ist für den VwGH die

⁸⁷⁸ VwGH 03.06.1997, 97/08/0047.

⁸⁷⁹ VwGH 24.03.2015, Ro 2014/03/0073.

⁸⁸⁰ Vgl. Zitelmann, Lücken 27.

⁸⁸¹ VwGH 23.09.2004, 2003/07/0103 = RdU 2005, 108 (*Schulev-Steindl*); Vgl. VwGH 23.04.1996, 94/11/0155: „Voraussetzung für die analoge Anwendung verwandter Rechtsvorschriften ist jedoch das Bestehen einer echten Gesetzeslücke.“; Implizit mitgetragen wird jene Meinung auch bei VwGH 10.10.2018, Ra 2018/08/0189; 04.05.2017, Ro 2014/08/0060; 10.08.2010, 2010/17/0078; 30.05.1995, 95/18/0120; 06.10.1994, 94/18/0216.

⁸⁸² VwGH 30.01.2002, 2000/03/0113; Vgl. auch VwGH 06.09.2005, 2002/03/0046.

⁸⁸³ VwGH 30.01.2002, 2000/03/0113.

⁸⁸⁴ VwGH 17.12.1992, 92/18/0383.

⁸⁸⁵ VwGH 08.09.1998, 96/08/0207.

technische Lücke „mangels eines Anwendungsbereiches“⁸⁸⁶ des Gesetzes einschlägig. Ein weiteres Kriterium des technischen Lückenbegriffs ist für den VwGH demnach die *Unmöglichkeit der Anwendung bzw. der Vollziehung* einer Rechtsvorschrift.

Auf diese Kriterien der mangelnden Präzision und der Unmöglichkeit der Vollziehung von Rechtsvorschriften lassen sich schließlich die in dieser Arbeit zuvor definierten Unbestimmtheitsformen hoher Generalität und logischer Unanwendbarkeit von Rechtsvorschriften inhaltlich zuordnen.⁸⁸⁷

Ob der VwGH jedoch immer die mangelhafte Bestimmtheit einer Rechtsvorschrift vor Augen hat, wenn er den Begriff der technischen Lücke verwendet, bleibt unklar. In vielen Fällen scheint die Bedeutung der technischen Lücke mit dem wertungsjurisprudenziellen Regelungslückenbegriff zu konvergieren. So erklärt der VwGH häufig, dass eine echte Lücke vorliegt, „wenn die Regelung eines Sachbereiches keine Bestimmung für eine Frage enthält, die im Zusammenhang mit dieser Regelung an sich geregelt werden müsste. Eine Lücke ist dort anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht“⁸⁸⁸. Diese Definition der echten Lücke ist schwer mit dem in der Literatur verankerten Begriff der technischen Lücke, in welchem der Bestimmtheit eine definierende Rolle zukommt, in Einklang zu bringen.

Im Allgemeinen zielt die Schließung einer technischen Lücke darauf ab, nicht in einer normativen Ergänzung des Rechts, sondern in der Konkretisierung einer unbestimmten Rechtsnorm zu münden.⁸⁸⁹ An einigen Stellen wird deutlich, dass der VwGH die Bedeutung der echten Lücke tatsächlich im Sinne der technischen Lücke aufgreift. Dies zeigt der folgende Fall:

Im Jahr 2007 wurde aufgrund einer Disziplinaranzeige ein Disziplinarverfahren gegen einen im Bundesministerium für Inneres beschäftigten Beamten eingeleitet. Noch im selben Jahr erfolgte ein Schuldspruch gegen den Beamten in einem Anzeigepunkt. Dieser wurde 2011 vom VwGH aufgehoben, da die Disziplinarbehörde ihre Entscheidung nicht auf eine

⁸⁸⁶ VwGH 12.12.2000, 98/08/0191 = ZAS 2002, 11 (*Resch*).

⁸⁸⁷ Siehe dazu oben III.B.3.d.

⁸⁸⁸ VwGH 09.09.1993, 92/16/0046n = AnwBl 1994, 4690 (*Arnold*).

⁸⁸⁹ Siehe dazu oben III.B.3.d. und III.C.3.c.ii.

ordnungsgemäß kundgemachte Geschäftsverteilung gestützt hatte. Im fortgesetzten Verfahren stellte sich die Frage, auf welche Geschäftsverteilung die neu zusammengesetzte Disziplinarkommission zurückgreifen sollte. Die Behörde entschied sich abermals, die Geschäftsverteilung des Jahres 2007 zu verwenden, welche jedoch zwischenzeitlich vom VfGH aufgehoben worden war. Auf dieser Grundlage befand sie den Beamten erneut für schuldig. Der VwGH hob den ergehenden Bescheid wiederum auf und begründete dies damit, dass die Behörde sich in einer „nicht ausdrücklich“⁸⁹⁰ geregelten Situation befunden habe. Sie hätte die Geschäftsverteilung des Jahres 2011 analog anwenden müssen, da diese eine Regelung für den gegenständlich unbestimmt gebliebenen Fall enthalten hätte. Der VwGH verwies hierbei ausdrücklich auf die Ausführungen Hans Kelsens zur Schließung technischer Lücken.⁸⁹¹

Dieser Fall verdeutlicht, dass der VwGH in bestimmten Konstellationen die echte Lücke mit dem technischen Lückenbegriff gleichsetzt.

3. Semantische Lücke

Eine semantische Lücke kann als eine Form der „[Diskrepanz] zwischen dem sprachlichen Ausdruck der Norm und dem dadurch auszudrückenden Willen der normsetzenden Autorität“⁸⁹² definiert werden. Der Begriff der semantischen Lücke findet in den Erkenntnissen des VwGH zwar keine ausdrückliche Erwähnung, jedoch lassen sich Aussagen finden, die weitgehend einem Verständnis dieses Rechtslückenbegriffs entsprechen.

Ein Hinweis auf die implizite Annahme jenes Lückenbegriffs durch den VwGH ist dessen wiederholte Betonung der Bedeutung *ausdrücklicher Regelungen*. Für den VwGH ergibt sich aus der ausdrücklichen Regelung eines Sachverhaltes oftmals die Schlussfolgerung, dass im konkreten Fall keine Lücke vorliegt:

„Da der Gesetzgeber diesen Sachverhalt ausdrücklich geregelt hat, liegt diesbezüglich keine (echte) Lücke vor, die im Wege der Analogie zu schließen ist.“⁸⁹³

⁸⁹⁰ VwGH 06.09.2012, 2012/09/0084.

⁸⁹¹ VwGH 06.09.2012, 2012/09/0084; Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 254 f.

⁸⁹² Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 348.

⁸⁹³ VwGH 09.11.1983, 83/09/0086.

Das Vorliegen einer (echten) Lücke ist im Umkehrschluss für den VwGH demnach gegeben, wenn die Regelung eines Sachverhaltes *nicht ausdrücklich* (also implizit) erfolgt ist. Wählt der Gesetzgeber also eine semantisch verkürzte Ausdrucksweise, so ist von der Existenz einer Rechtslücke auszugehen.

Ein weiterer Hinweis auf die praktische Relevanz dieses Lückenbegriffs ist die Bezugnahme auf die *Lückenhaftigkeit des Wortlauts* einer Bestimmung durch VwGH. In einem einschlägigen Fall hatte dieser etwa über die Rechtmäßigkeit eines Bescheids einer steiermärkischen Jagdbehörde zu entscheiden. Die Behörde hatte mittels Feststellungsbescheid gegenüber dem Revisionsführer den Verlust der Rechte als Jagdschutzorgan ausgesprochen. Zur Begründung führte die Behörde aus, dass die Bestellung des Jagdschutzpersonals zweckmäßigerweise nur für die Dauer einer Jagdpachtperiode Rechtswirkung entfalte. Mit dem Ablauf der Jagdpachtperiode hätte der Revisionsführer daher seine rechtliche Stellung als Jagdschutzorgan verloren.

Der Revisionsführer argumentierte hingegen, dass das Steiermärkische Jagdgesetz 1986 (Stmk JagdG 1986) keine ausdrückliche Regelung zum Verlust der amtlichen Funktion als Jagdschutzorgan nach Ablauf der Jagdpachtperiode enthalte. Der VwGH entschied zugunsten der belangten Behörde und bestätigte deren Rechtsansicht, wonach sich implizit aus dem Stmk JagdG 1986 ergebe, dass die Funktion des Jagdschutzorgans mit Ablauf einer Jagdpachtperiode ex lege erlösche. Gleichzeitig stellte der VwGH fest, dass „der Wortlaut des § 34 Abs 9 Stmk JagdG 1986 [...] eine erkennbare Lücke auf[weist]“⁸⁹⁴. Mit der Feststellung der Lückenhaftigkeit des Wortlauts verweist der VwGH demnach auf eine semantisch verkürzte Ausdrucksweise des Gesetzgebers.

Ein weiteres Argument für die Annahme, dass der VwGH den Begriff der semantischen Lücke verwendet, liegt darin, dass er den rechtlichen Analogieschluss als *Instrument zur Feststellung des gesetzgeberischen Willens* betrachtet.

Der VwGH betont demgemäß wiederholt, dass ein *aus dem Wortlaut* einer Rechtsvorschrift *hervortretender gesetzgeberischer Wille* einer analogen Anwendung entgegensteht. Eine analoge Interpretation sei nach Auffassung des VwGH nur „in Betracht“ zu ziehen, „wenn eindeutig feststünde, dass der Gesetzgeber etwas anderes gewollt habe, als

⁸⁹⁴ VwGH 24.05.2016, Ro 2014/03/0048.

er zum Ausdruck gebracht habe“⁸⁹⁵. Die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses erfordert also den Nachweis, dass der Wille des Gesetzgebers tatsächlich über das hinausgeht, was in der erlassenen Vorschrift sprachlich zum Ausdruck kommt.

An anderer Stelle führt der VwGH aus, dass eine rechtliche Analogie nicht in Betracht kommt, sofern der Wortsinn einer Rechtsvorschrift die „offenbar[e] Absicht des Gesetzgebers“⁸⁹⁶ eindeutig widerspiegelt. Umgekehrt ist der Analogieschluss nur zulässig, wenn der Inhalt des gesetzgeberischen Willens nicht vollständig durch den Wortlaut abgedeckt wird, sodass auf eine semantische Verkürzung geschlossen werden kann. Gerade dort, wo der VwGH von einem „hinter [...] [einer] Regelung stehende[n] Gedanke[n]“⁸⁹⁷ oder von der „Absicht“⁸⁹⁸ des Gesetzgebers spricht, wird ebenfalls deutlich, dass die Anwendung einer rechtlichen Analogie von einem wortlautüberschreitenden Gesetzgeberwillen abhängig ist. Der VwGH verweist zudem explizit darauf, dass jede Analogie an der „eindeutige[n] Absicht des Gesetzgebers“⁸⁹⁹ zu messen ist.

Dass der VwGH ein Verständnis des Phänomens der semantischen Lücke besitzt, zeigt sich ferner daran, dass er die rechtliche Analogie in einigen Fällen ausdrücklich als Methode der *Zusinnung* oder *Unterstellung* eines bestimmten gesetzgeberischen Willensinhaltes beschreibt. Dies wird in einer Entscheidung deutlich, in der es um die Frage ging, ob einem Beamten einer bestimmten Funktions- und Verwendungsgruppe nach dem Gehaltsgesetz 1956 durch die weisungsmäßige Übertragung der Aufgaben einer anderen Funktions- und Verwendungsgruppe auch jene Besoldung zustehe, die der anderen Gruppe gemäß dem Gehaltsgesetz 1956 zugedacht war. Der VwGH entschied zugunsten einer analogen Anwendung der Besoldungsbestimmungen, da „dem Gesetzgeber des GehG nicht zugesonnen werden kann, dass ein Beamter (jedenfalls der Verwendungsgruppe A1), der mit den Aufgaben eines Arbeitsplatzes betraut ist und diese Aufgaben unstrittig besorgt, nicht grundsätzlich Anspruch auf jene Besoldung haben sollte, die im ‚Normalfall‘ einer befristeten Ernennung mit der Innehabung eines solchen Arbeitsplatzes verbunden ist“⁹⁰⁰.

⁸⁹⁵ VwGH 07.09.2004, 2003/18/0194; Vgl auch VwGH 30.06.2011, 2008/07/0050.

⁸⁹⁶ VwGH 22.12.2005, 2002/20/0514.

⁸⁹⁷ VwGH 24.08.2007, 2006/19/0101.

⁸⁹⁸ VwGH 20.10.1999, 94/08/0092 = ASoK 2000, 325.

⁸⁹⁹ VwGH 14.07.2011, 2009/10/0177.

⁹⁰⁰ VwGH 31.01.2006, 2001/12/0100.

An anderer Stelle wird die Zulässigkeit eines Analogieschlusses davon abhängig gemacht, ob dem Gesetzgeber ein bestimmter Wille unterstellt werden kann.⁹⁰¹ So hatte der VwGH in einem Fall über die Legitimation einer Revisionserhebung durch die nach dem Gleichbehandlungsgesetz 2004 (GIBG 2004) bestellte Gleichbehandlungsanwältin zu befinden. Der § 10 Abs 4 GIBG 2004 räumte dieser zwar das Recht auf „Beschwerde gegen Bescheide und Einspruch gegen Strafverfügungen“ ein, erwähnte jedoch die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht. Der VwGH kam zum Schluss, dass auch eine analoge Anwendung von § 10 Abs 4 GIBG 2004 ausgeschlossen sei und verwies auf die Gesetzesmaterialien, in denen ausdrücklich festgehalten werde, dass mit der Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz lediglich die erforderlichen Anpassungen an die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 umgesetzt werden sollten. Folglich könne dem Gesetzgeber „nicht unterstellt werden“, er habe das damals neu geschaffene Rechtsmittel der Revision in § 10 Abs 4 GIBG „planwidrig unerwähnt gelassen“⁹⁰².

Dieses Beispiel illustriert, dass der VwGH die planwidrige Lückenhaftigkeit einer Vorschrift und in weiterer Folge auch die Zulässigkeit der Analogie unmittelbar am unterstellbaren Willen des Gesetzgebers misst. Fehlt ein über den Wortlaut hinausgehender Regelungswille, ist von einer analogen Anwendung abzusehen.

Der VwGH bezeichnet den Analogieschluss auch ausdrücklich als eine *Methode der Rechtsinterpretation*. In seinen Entscheidungen wird die rechtliche Analogie mitunter als „ausdehnende Auslegung“⁹⁰³, „erweiternde Auslegung“⁹⁰⁴ oder als „ergänzende

⁹⁰¹ Siehe etwa 26.04.1999, 97/17/0449: „In derartigen Fällen ist, soweit nicht eine unechte Lücke vorliegt, die Lückenschließung durch Analogie möglich. Dem Gesetzgeber kann nicht *unterstellt* werden, dass er in dem von ihm offenbar nicht mitbedachten Fall des Ausscheidens eines Unternehmens des ÖIAG-Konzerns aus dem Konzernbereich eine strengere Regelung normieren wollte [... kursiv vom Autor].“; VwGH 10.09.1999, 99/19/0113: „Dem Gesetzgeber des FrG 1997 kann wohl kaum *unterstellt* werden, er habe die Möglichkeit der Schaffung einer dem § 3 Abs. 4 AufG vergleichbaren Ausnahmebestimmung nicht erwogen [kursiv vom Autor].“; Siehe auch VwGH 18.09.2001, 2001/17/0134: „Dem Gesetzgeber des § 29 AMA-G ist nun - jedenfalls im Zweifel - nicht zu *unterstellen*, er habe nicht vorhergesehen, dass sich im Zusammenhang mit Verwaltungsverfahren zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen auch Fallkonstellationen ergeben könnten, wie sie für den Bereich des Abgabenrechtes in § 235 Abs. 1 und § 236 Abs. 1 BAO geregelt wurden [kursiv vom Autor].“; VwGH 21.02.2013, 2012/12/0090: „Bei der Auslegung von Normen ist aber im Zweifel jener der Vorzug zu geben, die eine Regelungslücke vermeidet. Dem Gesetzgeber kann nämlich nicht *unterstellt* werden, eine unvollständige Regelung gewollt zu haben [... kursiv vom Autor].“.

⁹⁰² VwGH 23.06.2014, Ra 2014/11/0017.

⁹⁰³ VwGH 01.06.1965, 1920/64.

⁹⁰⁴ VwGH 20.05.2015, Ro 2014/10/0025: „Eine erweiternde Auslegung kommt weder unter dem Gesichtspunkt der Schließung einer echten Lücke noch jenem der verfassungskonformen Interpretation in Betracht [...].“.

Auslegung“⁹⁰⁵ bezeichnet. Ebenso beschreibt der VwGH den Größenschluss und die rechtliche Analogie ganz offen als „Interpretationsmethoden“⁹⁰⁶.

Schließlich stellt der VwGH in einer Entscheidung klar:

„Auch wenn man die Analogie nicht auf den Fall des Vorliegens einer echten Lücke eingeschränkt als zulässig ansieht [...] und im Einzelfall auch im Hinblick auf die Annahme eines Vorrangs des Willens des Gesetzgebers einer Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes den Vorzug gibt [...], müssen gute Gründe vorliegen, um eine Auslegung entgegen dem klaren Wortlaut einer Bestimmung vornehmen zu können.“⁹⁰⁷

Der Gerichtshof versteht die rechtliche Analogie also als eine „Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes“⁹⁰⁸, bei der der Wille des Gesetzgebers vorrangig berücksichtigt wird. Dieses und die weiteren aufgezeigten Beispiele machen deutlich, dass der VwGH das Konzept der semantisch verkürzten Ausdrucksweise des Gesetzgebers nachweislich in seinen eigenen Lückenbegriff inkorporiert hat.

D. Zusammenfassung und Bewertung

In der Rechtsprechung des VwGH lassen sich jene drei im ersten Teil dieser Arbeit behandelten Kriterien - die Überschreitung des Wortlauts, die relevante Ähnlichkeit von Tatbestand und Sachverhalt und das Vorliegen einer Rechtslücke - klar wiederfinden.

Zunächst ergibt sich aus den analysierten Entscheidungen, dass der VwGH die Anwendung einer Analogie, als die Ermittlung eines „über den Wortlaut der Norm hinausgehenden Inhalte[s]“⁹⁰⁹ ansieht. Das lässt sich aus der gerichtshöflichen Verwendung von Begrifflichkeiten wie dem Abweichen vom Gesetzeswortlaut, der zu engen Fassung des Wortlauts einer Bestimmung oder dem Wegargumentieren des Wortlautes einer Bestimmung ableiten. Auch spricht die häufige Verwendung der Klarheitsregel im Zusammenhang mit der Argumentation über die Zulässigkeit einer rechtlichen Analogie dafür, dass der VwGH die interpretative Überschreitung des Wortsinnes einer Bestimmung als maßgebliche Determinante für die methodische Einschlägigkeit der rechtlichen Analogie

⁹⁰⁵ VwGH 30.08.1995, 95/16/0205: „Das Vorhandensein einer Gesetzeslücke ist primäre Voraussetzung einer ergänzenden Auslegung (etwa durch Größenschluß [sic! ...]).“.

⁹⁰⁶ VwGH 31.07.2007, 2006/05/0154.

⁹⁰⁷ VwGH 17.03.1997, 97/17/0087 = immolex 1997, 179 (*Gall*).

⁹⁰⁸ Ebenda.

⁹⁰⁹ VwGH 01.10.2014, Ro 2014/09/0052.

ansieht. Die Auffassung des VwGH ähnelt in dieser Hinsicht also jener von Potacs, der die Analogie als „Anwendung einer Rechtsvorschrift auf einen von ihrem semantischen Sinngehalt (insbesondere von ihrem üblichen Wortsinn) nicht mehr erfassten Sachverhalt“⁹¹⁰ definiert.

Die teleologische Reduktion stellt für den VwGH das methodische Gegenstück zur rechtlichen Analogie dar. Genauso wie für diesen im Zweifel anzunehmen ist, dass die semantischen Bedeutungen einer Rechtsvorschrift den gesamten normativen Inhalt einer Bestimmung abdecken und diesen nicht verkürzt wiedergeben, so ist im Zweifel auch nicht davon auszugehen, dass die semantischen Bedeutungen einer Rechtsvorschrift den normativen Inhalt einer Bestimmung fälschlicherweise zu weit gefasst darstellen. Auch diese Überlegungen stützen die Annahme der These, dass die Überschreitung des Wortlautes in der Rechtsprechung des VwGH ein wesentliches begriffliches Kriterium für den rechtlichen Analogieschluss darstellt.

Der VwGH äußert sich auch immer wieder über das Erfordernis einer relevanten Ähnlichkeit zwischen ungeregeltem Sachverhalt und anzuwendendem Tatbestand. So verlangt er an vielen Stellen die sachverhaltsmäßige Ähnlichkeit zwischen analog anzuwendender Rechtsnorm und einschlägigem Sachverhalt. Zudem spricht er davon, dass eine grundsätzliche Vergleichbarkeit oder eine weitgehende Ähnlichkeit zwischen der methodisch zu erweiternden Rechtsnorm und dem einschlägigen Sachverhalt gegeben sein muss.

Nicht zuletzt macht die Rechtsprechung des VwGH deutlich, dass die Anwendung einer Analogie stets von der vorherigen Feststellung einer Rechtslücke abhängt. Dabei verbindet der VwGH den Begriff der Rechtslücke häufig mit der Begrifflichkeit der planwidrigen Unvollständigkeit einer Rechtsordnung. Die fallbezogene Ausgestaltung dieses Begriffs ist jedoch nicht einheitlich, sodass sich in der Rechtsprechung unterschiedliche Tendenzen in der Verwendung des Lückenbegriffs identifizieren lassen.

Zum einen offenbart sich, dass der VwGH in seiner Judikatur Elemente der Rechtslückentheorie der Wertungsjurisprudenz aufgreift. Dies zeigt sich insbesondere an der häufigen Bezugnahme auf die „immanente Teleologie des Gesetzes“⁹¹¹, die nach Meinung

⁹¹⁰ Potacs, Rechtstheorie² 202.

⁹¹¹ Canaris, Lücken 34.

des VwGH in Fällen zum Tragen kommt, in denen „die Regelung eines Sachbereiches keine Bestimmung für eine Frage enthält, die im Zusammenhang mit dieser Regelung an sich geregelt werden müßte [sic!]“⁹¹² und daher eine Ergänzung des Gesetzes durch analoge Anwendung erfordert.

Zum anderen wird in bestimmten Entscheidungen deutlich, dass der VwGH den Begriff der technischen Lücke im Sinne einer fehlenden Bestimmtheit oder mangelnden Präzision einer Norm heranzieht, insbesondere wenn eine Rechtsvorschrift in der Praxis nicht zweckmäßig vollziehbar erscheint.⁹¹³

Darüber hinaus kann ein Teil der Rechtsprechung des VwGH dahingehend interpretiert werden, dass er den Analogieschluss zur Schließung semantischer Lücken einsetzt. Die Ablehnung einer Analogie im Falle einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung sowie die betonte Vorrangstellung des gesetzgeberischen Willens lassen darauf schließen, dass der VwGH den begrifflichen Kriterien der semantischen Lücke Bedeutung beimisst. Die explizite Beschreibung des Analogieschlusses als „Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes“, die dazu dient, den „Willen des Gesetzgebers“⁹¹⁴ zur Geltung zu bringen, bestätigt diese Annahme.

Daraus ergibt sich, dass der VwGH den Begriff der Rechtslücke in vielen Fällen in einem Sinn verwendet, der weitgehend dem Konzept der semantischen Lücke entspricht. Diese Interpretation der gerichtshöflichen Rechtsprechung steht im Einklang mit den allgemeinen hermeneutischen Grundsätzen des VwGH, wonach die „Auslegung eines Gesetzes [...] richtigerweise nicht am bloßen Wortlaut einer einzelnen Bestimmung haften bleiben [darf], sie hat den Sinn des Gesetzes vielmehr aus dem Zusammenhang aller seiner Bestimmungen zu erforschen und aus diesem Zusammenhang allfällige Lücken des Gesetzes [...] zu ergänzen.“⁹¹⁵ In einem weiteren Grundsatzurteil betont der VwGH zudem, dass die Schließung einer Lücke stets dem „Sinne des Gesetzes gerecht werden“ müsse und sich daher „nicht allein an dessen unzureichenden Wortlaut halten“⁹¹⁶ solle.

⁹¹² VwGH 15.12.2010, 2009/12/0205; 15.12.2010, 2009/12/0205; 20.02.2008, 2007/08/0308; 19.10.1998, 98/10/0328; 19.06.1994, 93/07/0162; 18.01.1994, 93/07/0153; 09.09.1993, 92/16/0046.

⁹¹³ Vgl zur fehlenden Präzision VwGH 30.01.2002, 2000/03/0113; Vgl zur unmöglichen Vollziehung VwGH 17.12.1992, 92/18/0383.

⁹¹⁴ VwGH 17.03.1997, 97/17/0087.

⁹¹⁵ VwGH 10.06.1953, 2879/52.

⁹¹⁶ VwGH 07.05.1954, 0078/52.

Insgesamt lässt der VwGH das notwendige Maß theoretischer Kohärenz vermissen, um seine methodische Praxis bei der Anwendung rechtlicher Analogien *eindeutig* einer der im Schrifttum entwickelten Kategorien zuordnen zu können. Der Schwerpunkt seiner Äußerungen zum Analogiebegriff liegt dabei eher auf pragmatischer Problemlösung und der Formulierung vertretbarer Rechtsansichten als auf theoretischer Präzision.

Zwar verweist der VwGH regelmäßig auf anerkannte Rechtssätze aus seiner eigenen Judikatur. Die häufig formelhafte Wiedergabe dieser Rechtssätze ohne weiterführende methodische Begründung deutet jedoch mitunter auf eine mangelnde theoretische Durchdringung der zugrunde liegenden methodischen Konzepte hin. Angesicht der erheblichen rechtsanwendungsbezogenen Tragweite, die der Einsatz des rechtlichen Analogieschlusses mit sich bringt, wäre aber eine vertiefte Auseinandersetzung mit den begrifflichen Kriterien der rechtlichen Analogie wünschenswert.

VII. Analogiebildung

A. Allgemeines

In diesem Kapitel werden die argumentativen und interpretativen Mittel untersucht, anhand derer der VwGH das Vorliegen von Rechtslücken sowie die Zulässigkeit des rechtlichen Analogieschlusses feststellt. Dabei wird auf verschiedene von Potacs in seinem Werk „Auslegung im öffentlichen Recht“⁹¹⁷ vorgeschlagene Systematisierungsgesichtspunkte, insbesondere den „Rechtstextzusammenhang“⁹¹⁸, den „Regelungszweck“⁹¹⁹ und „historische Erwägungen“⁹²⁰, zurückgegriffen.

Wie aber hält es der Gerichtshof mit der *grundsätzlichen Zulässigkeit* der Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse im Verwaltungsrecht? Hierbei ist festzuhalten, dass der VwGH die in den §§ 6 und 7 ABGB festgelegten Interpretationsmethoden auch für die Interpretation des Verwaltungsrechts als einschlägig erachtet. Dazu führt der VwGH aus:

„In den §§ 6 und 7 ABGB sind Auslegungsregeln festgelegt, die nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes [...] auch für die Interpretation des Verwaltungsrechts maßgebend sind.“⁹²¹

Der VwGH bekennt sich demnach an vielen Stellen in direkter Weise zur „auch im öffentlichen Recht zulässigen Analogie“⁹²². Mehrfach verwendet er dabei den folgenden Stehsatz:

„Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die grundsätzliche Zulässigkeit der Analogie auch im öffentlichen Recht wiederholt anerkannt.“⁹²³

Allerdings ist die Rechtsprechung des VwGH in dieser Frage nicht durchgehend konsistent. So widerspricht er an einzelnen Stellen dieser grundsätzlichen Zulässigkeit

⁹¹⁷ Potacs, Auslegung im Öffentlichen Recht: Eine vergleichende Untersuchung der Auslegungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (1994).

⁹¹⁸ Potacs, Auslegung 191.

⁹¹⁹ Potacs, Auslegung 192.

⁹²⁰ Potacs, Auslegung 194.

⁹²¹ VwGH 07.10.1998, 96/12/0341 = ZfVB 2000, 116; Siehe auch VwGH 28.10.1988, 88/18/0091; Vgl VwGH 26.04.2005, 2004/03/0190: „Anerkannt ist, dass der Auslegungskanon der §§ 6, 7 ABGB grundsätzlich auch im Verwaltungsrecht anwendbar ist [...]“.

⁹²² VwGH 04.09.1997, 96/18/0134 = ZfVB 1999, 911.

⁹²³ VwGH 14.12.2021, Ro 2020/04/0032; 12.10.2021, Ra 2019/11/0015; 29.10.2015, Ro 2015/07/0019; 25.03.2014, 2012/04/0145; 08.09.1998, 96/08/0207.

rechtlicher Analogien. In einem älteren Erkenntnis wird beispielsweise vertreten, dass die „Analogie [...] in Ansehung des in Art 18 B-VG normierten gesetzesstaatlichen Prinzips im öffentlichen Recht keinen Anwendungsbereich [hat]“⁹²⁴.

In der Gesamtbetrachtung überwiegen jedoch jene Fälle, in denen der VwGH die Zulässigkeit der Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse im Verwaltungsrecht positiv beurteilt. Auch ganz generell bejaht er nämlich die Möglichkeit der „analoge[n] Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht“⁹²⁵. „Die analoge Anwendung allgemeiner Regelungen des bürgerlichen Rechtes im öffentlichen Recht“ ist seiner Meinung nach notwendig, da „solche Bestimmungen im Verwaltungsrecht weitgehend [fehlen]“⁹²⁶.

B. Grundsatz der Auslegungsstrenge

Trotz grundsätzlicher Anerkennung der rechtlichen Analogie warnt der Gerichtshof vor einer leichtfertigen Anwendung dieser Methode. Er hebt hervor, „dass bei Anwendung von Analogie und teleologischer Reduktion grundsätzlich Vorsicht geboten ist“⁹²⁷.

Noch deutlicher zeigt sich die skeptische Haltung des VwGH im sogenannten „Grundsatz der Auslegungsstrenge“⁹²⁸. Diesem Auslegungsprinzip zufolge gilt im Verwaltungsrecht eine Zweifelsregel gegen die Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse.

Der Kern des Grundsatzes der Auslegungsstrenge wird in der folgenden vom VwGH regelmäßig wiederholten Aussage zusammengefasst:

„[...] das bürgerliche Recht [ist] grundsätzlich die gesamten Privatrechtsbeziehungen der Menschen untereinander zu regeln bestrebt [...] sodass auftretende Gesetzeslücken im Zweifel als unbeabsichtigt angesehen werden können. Anders ist es nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes jedoch im Bereiche des öffentlichen Rechtes, im besonderen des Verwaltungsrechtes, welches schon der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen

⁹²⁴ VwGH 26.11.1981, 81/16/0031.

⁹²⁵ VwGH 03.11.1978, 0970/75.

⁹²⁶ Ebenda.

⁹²⁷ VwGH 26.04.2005, 2004/03/0190.

⁹²⁸ VwGH 30.03.2004, 2001/06/0132.

unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist, sodass eine auftretende Rechtslücke im Zweifel als beabsichtigt [...] angesehen werden [muss...]"⁹²⁹

Demnach nimmt der VwGH bei der Auslegung des Verwaltungsrechts eine *Vermutung gegen die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses* an. Dies begründet er mit der besonderen Funktion des Verwaltungsrechts und dem damit verbundenen Kontrast zum bürgerlichen Recht: Während das Verwaltungsrecht speziell „einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses“ regeln soll, ist das bürgerliche Recht von der Zielsetzung her auf die „gesamten Privatrechtsbeziehungen der Menschen untereinander“⁹³⁰ ausgerichtet.

Der VwGH knüpft damit an das theoretische Prinzip der *Kodifikationsidee* an, das historisch eng mit dem Entstehungsprozess des ABGB verbunden ist.⁹³¹ Zu den Besonderheiten der Kodifikationsgesetzgebung gehört dabei das Ziel, einen bestimmten Rechtsbereich umfassend und abschließend zu regeln, einschließlich eines gesetzlichen Auftrags zur internen Lückenschließung. Eine Kodifikation sollte für sämtliche im jeweiligen Rechtsbereich auftretenden Fragestellungen eine Antwort liefern.⁹³² Für das bürgerliche Recht, das im österreichischen Rechtskreis mit dem ABGB zu einem großen Teil in kodifikatorischer Weise geregelt ist, ergibt sich nach Ansicht des VwGH somit eine Vermutung zugunsten des Analogieschlusses. In diesem Rechtsbereich können „auftretende Gesetzeslücken im Zweifel als unbeabsichtigt angesehen werden“⁹³³.

Demgegenüber betont der VwGH den bedarfs- und situationsbezogenen Charakter des Verwaltungsrechts. Dieses macht spezifische Eingriffe in den geschützten Rechtsbereich einzelner Rechtssubjekte möglich. Gleichzeitig soll es vor ausufernden staatlichen Rechtsentzügen schützen. Die Verwaltung darf daher nur auf der Grundlage jeweils zugewiesener gesetzlicher Ermächtigungen tätig werden.⁹³⁴ Da dem Verwaltungsrecht keine umfassende Regelungsabsicht innewohnt, folgert der VwGH, dass bei dessen Anwendung von einer Vermutung gegen den rechtlichen Analogieschluss auszugehen ist. Im Zweifelsfall

⁹²⁹ VwGH 03.11.1978, 0970/75; siehe auch bei VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050; 08.09.1998, 96/08/0207; 30.09.1994, 93/08/0254; 24.09.1982, 82/08/0139.

⁹³⁰ VwGH 03.11.1978, 0970/75.

⁹³¹ Siehe *Brauneder*, Bürgerliches 51 ff; Näheres dazu oben IV.D.2.

⁹³² *Wendehorst* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch 15.

⁹³³ VwGH 03.11.1978, 0970/75; siehe auch bei VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050; 08.09.1998, 96/08/0207; 30.09.1994, 93/08/0254; 24.09.1982, 82/08/0139.

⁹³⁴ Siehe dazu oben IV.C.3.b.

tritt für den VwGH im Verwaltungsrecht daher an „die Stelle der ‚Lücke‘ [...] der ‚rechtsfreie Raum‘“⁹³⁵.

Beachtenswert ist ferner, dass der VwGH den Grundsatz der Auslegungstreue nicht nur auf die Anwendung des rechtlichen Analogieschlusses beschränkt. Vielmehr stellt er klar, dass er dessen Einschlägigkeit auch bei der teleologischen Reduktion gegeben sieht:

„Ebenso wie im Zweifel anzunehmen ist, dass das Unterbleiben einer gesetzlichen Regelung beabsichtigt war und insofern keine durch Analogie zu schließende Rechtslücke vorliegt [...], ist - jedenfalls im Zweifel - auch nicht davon auszugehen, dass die Anwendung einer ausdrücklich getroffenen Regelung vom Gesetzgeber nicht auf alle davon erfassten Fälle [...] beabsichtigt war [...].“⁹³⁶

Aus den Ausführungen des VwGH zum Grundsatz der Auslegungstreue ergibt sich, dass er das Vorliegen einer „Gesetzeslücke“⁹³⁷ dort annimmt, wo der Gesetzgeber eine Regelung unbeabsichtigt unterlassen hat. Eine Lücke existiert demnach, wenn eine Rechtsnorm fehlt und dies dem gegenständlich intendierten Regelungszweck widerspricht. Dieses Verständnis entspricht dem Konzept der *Regelungslücke*, wonach die normative Unvollständigkeit einer Rechtsordnung durch analoge *Ergänzung* bereinigt wird. Soweit von einer zulässigen Ergänzung der Rechtsordnung im Falle einschlägiger gesetzgeberischer Wertungen ausgegangen wird, beinhaltet es auch Aspekte der wertungsjurisprudenziellen Lückentheorie.

Die analogiekritische Rechtsprechung des VwGH weist jedoch auch Aspekte auf, die eine deutliche Konvergenz mit dem Konzept der *semantischen Lücke* erkennen lassen. So betont der Gerichtshof, dass die Vermutung gegen die Anwendung eines Analogieschlusses nur durch einen eindeutigen Nachweis eines wortlautüberschreitenden Gesetzgeberwillens widerlegt werden kann. In diesem Zusammenhang führt er regelmäßig aus, dass „das

⁹³⁵ Öhlinger, JBl 1971, 287.

⁹³⁶ VwGH 21.05.2019, Ro 2019/19/0006 = migraLex 2019, 43 (*Frik/Fux*); Siehe auch VwGH 23.02.2007, 2006/12/0110.

⁹³⁷ VwGH 03.11.1978, 0970/75; siehe auch bei VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050; 08.09.1998, 96/08/0207; 30.09.1994, 93/08/0254; 24.09.1982, 82/08/0139.

Abweichen vom Gesetzeswortlaut [...] nur dann zulässig [ist], wenn eindeutig feststeht, dass der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat“⁹³⁸.

An anderer Stelle verlangt der VwGH für die Zulässigkeit der rechtlichen Analogie die Feststellung, dass „der Wille des Gesetzgebers tatsächlich in eine andere Richtung gegangen ist, als sie in der getroffenen Regelung zum Ausdruck kommt“⁹³⁹. Dies muss aus der interpretativen Evidenzlage „mit Sicherheit entnommen werden“⁹⁴⁰ können. Der VwGH fordert demnach einen *hohen Überzeugungsgrad* für analoge Interpretationen.

In einem weiteren Erkenntnis spricht der VwGH davon, dass „der Umkehrschluß [sic! ...] allein dann begründet [ist], wenn Zweck und Wert des Gesetzes NUR [sic!] auf den ausdrücklich vom Gesetz erfaßten [sic!] Tatbestand zutreffen“⁹⁴¹. Deutet die Indizienlage hingegen darauf hin, dass der Norminhalt über den ausdrücklichen Gesetzesinhalt hinausragt, „so ist Analogie und nicht Umkehrschluß [sic!] geboten [...]“⁹⁴². Nach dieser Auffassung bestünde also ein *Analogiegebot* im Falle semantischer Verkürzungen des Gesetzestextes.

Diese Äußerungen sprechen klar für ein allgemeines Verständnis des Konzeptes der semantischen Lücke, demzufolge eine solche bei einer Diskrepanz zwischen der Semantik und dem normativen Sinngehalt einer Rechtsvorschrift vorliegt.

Der VwGH behaftet die Anwendung der rechtlichen Analogie aber sowohl im Falle der Schließung von Regelungslücken als auch im Falle der Schließung semantischer Lücken mit einer Zweifelsregel. Eine unbeabsichtigte Nichtregelung ist im Verwaltungsrecht daher im Zweifel nicht anzunehmen. Ebenso ist die interpretative Schließung semantischer Lücken bloß dann erlaubt, wenn eindeutige Beweise eine Verkürzung plausibel machen. Die analogiekritische Haltung des VwGH erstreckt sich damit auf sämtliche Methoden der Rechtsergänzung und auf alle interpretativen Verfahren der sogenannten „reinen Pragmatik“⁹⁴³. Zwar ist der VwGH im Einzelfall weniger streng, etwa wenn er davon

⁹³⁸ VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0089 = ecolex 2019, 319 (*Primosch*); Vgl. auch VwGH 24.02.2016, Ro 2014/10/0061; 28.03.2014, 2014/02/0033; 20.03.2013, 2009/13/0101; 25.10.2011, 2011/15/0070; 30.06.2011, 2008/07/0050; 30.03.2011, 2008/13/0053; 27.04.2005, 2001/14/0114; 07.09.2004, 2003/18/0194.

⁹³⁹ VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0089 = ecolex 2019, 319 (*Primosch*).

⁹⁴⁰ VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0089 = ecolex 2019, 319 (*Primosch*).

⁹⁴¹ VwGH 28.03.1995, 95/05/0022.

⁹⁴² VwGH 28.03.1995, 95/05/0022.

⁹⁴³ Siehe dazu oben II.F. und *Potacs*, Rechtstheorie² 146.

ausgeht, dass „der ausschließende Charakter eines Rechtssatzes [...] nicht zu vermuten [ist]“⁹⁴⁴, doch bleiben solche Aussagen deutlich in der Minderzahl. Eine Gesamtschau führt zum Ergebnis, dass der VwGH der Anwendung von Analogieschlüssen im Regelfall zurückhaltend gegenübersteht.

C. Systematik

Die Methode der Interpretation nach dem Rechtstextzusammenhang⁹⁴⁵ ist eines jener Auslegungskriterien, die der VwGH regelmäßig heranzieht, um das Vorliegen einer Rechtslücke zu beurteilen und die Zulässigkeit eines Analogieschlusses zu klären. Der VwGH untersucht die Lückenhaftigkeit einer Regelung dabei häufig anhand ihrer Einbettung in das „vom Gesetzgeber gewählte System der Textgestaltung“⁹⁴⁶. In einer älteren Entscheidung stellte der VwGH fest, dass „der Sinn des Gesetzes aus dem Zusammenhang aller seiner Bestimmungen zu erforschen“⁹⁴⁷ sei.

Ein Beispiel hierfür ist ein Fall, in dem der VwGH die behauptete Lückenhaftigkeit der Pensionsordnung 1995 abwies. Der Gerichtshof argumentierte, dass „die Systematik und die im Besoldungsrecht gegebene Regelungsdichte gegen die Annahme“⁹⁴⁸ einer Rechtslücke sprächen. In einem weiteren Fall entschied der VwGH über den Mitversicherungsanspruch der Ehegattin eines pensionierten Beamten gemäß § 16 Abs. 5 der Satzung der KFA Linz. Der Beschwerdeführer forderte eine über den Wortlaut hinausgehende Interpretation der Fristenregelung. Der VwGH lehnte dies jedoch ab, da „eine[r] systematische Interpretation [...] [zum] gleichen Ergebnis wie [...] [die] Interpretation nach dem Wortsinn“⁹⁴⁹ führe. Nach Auffassung des VwGH können systematische Überlegungen also Aufschluss darüber geben, ob der Gesetzgeber in einem bestimmten Fall eine verkürzte oder unpräzise Ausdrucksweise gewählt hat.

Eine besondere Form der Auslegung nach dem Rechtstextzusammenhang ist die verfassungskonforme Interpretation. Diese Methode basiert auf der Annahme, dass der Gesetzgeber grundsätzlich keinen „ungehörig[en]“⁹⁵⁰ Sinngehalt kommunizieren will. Der

⁹⁴⁴ VwGH 25.10.1994, 94/14/0075 = *ecolex* 1995, 130 (*Staringer*).

⁹⁴⁵ Einführend dazu *Potacs*, *Rechtstheorie*² 176 ff.

⁹⁴⁶ *Potacs*, *Rechtstheorie*² 177.

⁹⁴⁷ VwGH 19.04.1977, 1596/76; Siehe dazu auch VwGH 10.06.1953, 2879/52.

⁹⁴⁸ VwGH 23.02.2000, 97/12/0370.

⁹⁴⁹ VwGH 16.09.2010, 2010/09/0127.

⁹⁵⁰ *Potacs*, *Rechtstheorie*² 180.

VwGH betont, dass „verfassungswidrige Ergebnisse, aber auch unverständliche oder nicht sachgerechte Ergebnisse“ bei der Auslegung „vermieden werden sollen“⁹⁵¹. Es wird daher angenommen, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat, eine Norm zu erlassen, die in Konflikt mit bestehenden Rechtsnormen steht. In diesem Zusammenhang führt der VwGH aus, dass eine Lückenschließung „in verfassungskonformer Weise“⁹⁵² erforderlich sein kann.

Der VwGH verwendet in diesem Kontext auch die Formulierung, dass die Schließung einer Rechtslücke „in verfassungskonformer Interpretation“⁹⁵³ geboten sein kann, da für diesen „der Wortlaut [...] kein unüberwindliches Hindernis“⁹⁵⁴ darstelle. Der Gerichtshof räumt zwar ein, dass „bei Anwendung von Analogie und teleologischer Reduktion grundsätzlich Vorsicht geboten ist“, sieht jedoch die Schließung von Rechtslücken als „ein Gebot verfassungskonformer Interpretation“⁹⁵⁵ an.

Eine häufig angewandte Sonderform der verfassungskonformen Interpretation ist die gleichheitskonforme Interpretation. Dabei wird geprüft, ob eine Regelung unter dem verfassungsmäßigen Gleichheitssatz zu einer „verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung“⁹⁵⁶ führen könnte. Weist der Wortsinn einer Regelung eklatant gleichheitswidrige Merkmale auf, betrachtet der VwGH dies als Indiz für das Vorliegen einer Rechtslücke.

In einem exemplarischen Erkenntnis befasste sich der VwGH mit der Zulässigkeit einer fremdenrechtlichen Ausweisung. Hinsichtlich der Auslegung einer für den Fall maßgeblichen Bestimmung stellte der Gerichtshof fest, dass „der Gesetzgeber [...] den Wortlaut [...] zu eng gefasst hat“, wodurch eine „planwidrige Unvollständigkeit“⁹⁵⁷ entstanden sei. Darüber hinaus befürwortete der VwGH die Anwendung eines Analogieschlusses, da eine solche „dem Gleichheitssatz gemäß Art. 7 B-VG und Art. 2 StGG

⁹⁵¹ VwGH 24.02.1998, 94/05/0210.

⁹⁵² VwGH 31.03.2000, 98/18/0369 = AnwBl 2000, 7693 (*Kraft*); Vgl dazu auch VwGH 04.09.1997, 96/18/0134.

⁹⁵³ VwGH 23.04.2004, 2001/17/0151.

⁹⁵⁴ VwGH 26.04.2005, 2004/03/0190.

⁹⁵⁵ VwGH 26.04.2005, 2004/03/0190.

⁹⁵⁶ VwGH 25.04.2019, Ro 2019/13/0014 = FJ 2019, 228 (*Puchinger*); 10.10.2018, Ra 2018/08/0189; 04.05.2017, Ro 2014/08/0060; 29.10.2015, Ro 2015/07/0019; 25.03.2014, 2012/04/0145; 17.10.2012, 2012/08/0050; 08.09.1998, 96/08/0207.

⁹⁵⁷ VwGH 04.09.1997, 96/18/0134.

gerecht“⁹⁵⁸ wäre. In einem weiteren Erkenntnis wendete der VwGH ebenfalls eine Bestimmung analog an, um einen bestehenden „Wertungswiderspruch zu vermeiden“⁹⁵⁹. Seiner Ansicht nach konnte durch diese „vorgenommene Auslegung [...] die Gleichbehandlung“⁹⁶⁰ der betroffenen Fallgruppen sichergestellt werden.

Der VwGH prüft die verfassungskonforme Zulässigkeit einer Analogie auch anhand des Kriteriums der *gleichheitsrelevanten Ähnlichkeit*. Eine Analogie sei demnach zulässig, wenn ein Sachverhalt, der nicht ausdrücklich von einer Norm erfasst wird, „dem geregelten Sachverhalt so ähnlich ist, dass seine Außerachtlassung als schwerer Verstoß gegen die Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit gewertet werden müsste“⁹⁶¹. Der Gerichtshof betont außerdem, dass eine „Gesetzesanalogie“ voraussetzt, „dass ein zu beurteilender Sachverhalt nicht ausdrücklich von einem bestimmten Tatbestand erfasst wird“ und dennoch aufgrund „der weitgehenden Ähnlichkeit mit dem unter den gesetzlichen Tatbestand fallenden Sachverhalt“⁹⁶² eine Analogie gebildet werden kann.

Der VwGH ist sich der Gefahr bewusst, dass eine Überbetonung der Verfassungskonformität zu einer, von seiner Seite, kompetenzwidrigen Überprüfung führen könnte. In einem Fall, der die steuerliche Begünstigung für Schenkungen zwischen gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten betraf, entschied der VwGH, dass § 7 Abs 1 ErbStG ausdrücklich nur gegengeschlechtliche Ehegatten erfasst. Zu einer etwaigen Lückenhaftigkeit der Bestimmung befand der VwGH sodann, dass der „Wortlaut dieser Bestimmung [...] eine vom Beschwerdeführer begehrte Auslegung, dass darunter auch Lebensgemeinschaften zu verstehen seien, ebenso wenig zu [lässt], wie die Übung von Analogie“⁹⁶³. Der VwGH begründete dies damit, dass „soweit in der Beschwerde die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung geltend gemacht werden“ dem VwGH „keine Zuständigkeit [...] zur Entscheidung gegeben ist“⁹⁶⁴.

⁹⁵⁸ VwGH 04.09.1997, 96/18/0134; Vgl dazu auch VwGH 03.08.2000, 98/18/0021.

⁹⁵⁹ VwGH 30.06.2016, Ra 2016/11/0088.

⁹⁶⁰ VwGH 30.06.2016, Ra 2016/11/0088.

⁹⁶¹ VwGH 14.01.1993, 91/09/0230.

⁹⁶² VwGH 21.09.2006, 2004/15/0072; Siehe auch VwGH 07.09.2006, 2006/16/0044; VwGH 15.11.2005, 2004/14/0106; 18.06.2002, 2001/16/0409; 23.10.1997, 96/15/0234.

⁹⁶³ VwGH 18.12.2006, 2006/16/0124.

⁹⁶⁴ Ebenda.

D. Teleologie

Auch die teleologische Interpretation spielt für den VwGH eine wesentliche Rolle bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Analogieschlusses. Nach Auffassung des VwGH ist „der Sinn des Gesetzes“ entscheidend, insbesondere dann, wenn „die grammatikalische Auslegung nicht zum Ziel führ[t]“⁹⁶⁵. In einer weiteren Formulierung hebt der VwGH hervor, dass „eine streng formale Auslegung“ zu unterlassen sei, wenn diese „mit dem Grundgedanken“ einer Bestimmung „nur schwer in Einklang zu bringen“⁹⁶⁶ ist.

Nach der Rechtsprechung des VwGH kann eine rechtliche Vorschrift „gemessen an ihrer eigenen Absicht und der ihr immanenten Teleologie [...] unvollständig“⁹⁶⁷ sein. Darüber hinaus betont der Gerichtshof, dass bei der Anwendung eines Analogieschlusses „zwingende systematisch-teleologische Erwägungen“⁹⁶⁸ zu berücksichtigen sind. Der VwGH vertritt damit die Auffassung, dass „entgegen dem Wortlaut [...] eine weite Interpretation“ einer Vorschrift möglich sei, sofern eine „systematisch-teleologische Auslegung“⁹⁶⁹ ein solches Ergebnis nahelegt.

Im Kontext der Feststellung einer Lückenhaftigkeit führt der VwGH in einem weiteren Fall aus, dass sich eine Vorschrift „in teleologischer Auslegung einer Anwendbarkeit auf andere Sachverhalte [entzieht]“⁹⁷⁰. Dabei prüft der VwGH also anhand der Teleologie einer Bestimmung, ob deren sprachlicher Ausdruck im Verhältnis zu ihrem normativen Sinngehalt verkürzt ist.

Zudem beurteilt der VwGH die Zulässigkeit eines Analogieschlusses unter Berücksichtigung der von ihm festgestellten *ratio legis* einer Bestimmung. Mit dem Begriff *ratio legis* verweist der VwGH auf die „Grundwertungen“ und „Zwecke“⁹⁷¹ einer gesetzlichen Regelung. Seiner Meinung zufolge kann die Anwendung eines Analogieschlusses, welche sich darin auszeichnet, „daß [sic] ein zu beurteilender Sachverhalt nicht ausdrücklich von einem bestimmten Tatbestand erfaßt [sic] wird, aufgrund

⁹⁶⁵ VwGH 28.04.1993, 92/02/0204; Vgl auch VwGH 30.10.2006, 2006/02/0158.

⁹⁶⁶ VwGH 15.03.1984, 83/16/0176.

⁹⁶⁷ VwGH 22.11.2017, Ra 2016/06/0011.

⁹⁶⁸ VwGH 22.11.2017, Ra 2016/06/0011.

⁹⁶⁹ VwGH 14.12.2007, 2004/10/0100 = ZfVB 2008, 1153.

⁹⁷⁰ VwGH 29.10.1996, 94/07/0021.

⁹⁷¹ VwGH 14.02.2024, Ra 2021/11/0032; 20.06.2023, Ra 2023/03/0021; 02.02.2023, Ra 2022/13/0050; 21.07.2021, Ro 2021/13/0001; 18.01.2021, Ra 2020/13/0065;

der weitgehenden Ähnlichkeit mit dem unter den gesetzlichen Tatbestand fallenden Sachverhalt und im Hinblick auf die ratio legis⁹⁷² der Bestimmung gerechtfertigt sein.

E. Historische Erwägungen

Die Methode der historischen Interpretation dient dazu, den normativen Sinngehalt einer Bestimmung anhand einschlägiger „Anhaltspunkte der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift“⁹⁷³ zu ermitteln. Der VwGH führt dabei aus, dass „sich die subjektiv-historische Interpretation grundsätzlich an den Gesetzesmaterialien zu orientieren“⁹⁷⁴ habe. Zu den für den VwGH wichtigsten entstehungsgeschichtlichen Anhaltspunkten zählen sämtliche gesetzgeberischen „Absichten“, die „in den [...] Gesetzesmaterialien ihren Niederschlag gefunden haben“⁹⁷⁵.

Hinsichtlich der Bedeutung der historischen Interpretation im Vergleich zu anderen methodischen Ansätzen äußert sich der VwGH teilweise widersprüchlich.⁹⁷⁶ Einerseits stellt er in einem Erkenntnis fest, dass „eine historische Interpretation [...] im Wortlaut der Regelung und dessen möglichem Inhalt ihre Grenze [findet]“⁹⁷⁷. Ebenso verbietet der VwGH in einem Fall die Anwendung der historischen Interpretation, wenn die „Intention“ des Gesetzgebers „keinen Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden hat“⁹⁷⁸. Nach dieser Auffassung käme der historischen Interpretation bei der Anwendung eines Analogieschlusses nur eine äußerst untergeordnete Rolle zu.

In der Regel äußert sich der VwGH jedoch weniger zurückhaltend und differenzierter gegenüber der analogiebezogenen historischen Interpretation. So führt er aus, dass „den Gesetzesmaterialien keine selbständige normative Kraft [zukomme]“ und sie daher „nur dann zur Auslegung eines Gesetzes heranzuziehen [seien], wenn der Wortlaut des Gesetzes selbst zu Zweifeln über seinen Inhalt Anlaß [sic!] gibt“⁹⁷⁹. Dies begründet der VwGH damit, dass „ein kundgemachtes Gesetz [...] aus sich selbst auszulegen [ist]. Andere

⁹⁷² VwGH 15.11.2005, 2004/14/0106; 23.10.1997, 96/15/0234.

⁹⁷³ Potacs, Rechtstheorie² 196.

⁹⁷⁴ VwGH 27.06.2017, Ro 2016/12/0016.

⁹⁷⁵ VwGH 27.06.2017, Ro 2016/12/0016.

⁹⁷⁶ Vgl Potacs, Auslegung 194 ff.

⁹⁷⁷ VwGH 17.12.2015, 2013/05/0101.

⁹⁷⁸ VwGH 201.10.2009, 2006/13/0193; Vgl auch VwGH 12.07.2000, 99/04/0171.

⁹⁷⁹ VwGH 07.10.1993, 93/16/0145 = AnwBl 1994, 4722 (Arnold).

Erkenntnisquellen über die Absicht des Gesetzgebers sind erst dann heranzuziehen, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzgebers zweifelhaft ist“⁹⁸⁰.

Auch diese Ansicht schränkt die Bedeutung der historischen Interpretation für die Begründung einer wortlautüberschreitenden Analogie erheblich ein. Sie legt nahe, dass die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift nur in Ausnahmefällen für die Interpretation oder die Schließung von Rechtslücken herangezogen werden sollte, insbesondere nur dann, wenn der Gesetzeswortlaut eindeutige Klarheit vermissen lässt.

Der VwGH vollzieht einer weiteren Äußerung zufolge eine Abwägung historischer Indizien mit anderen methodologischen Gesichtspunkten. Demnach komme der historischen Interpretation „keine Bedeutung bei der Auslegung des Gesetzes [zu]“, wenn diese nicht mit „dem Gesetzestext und der Systematik des Gesetzes“⁹⁸¹ in Einklang steht. Grundsätzlich jedoch könne „der aus den Materialien erkennbare Wille des Gesetzgebers bei der Auslegung des Gesetzes durchaus herangezogen werden“⁹⁸².

Entgegen dem skeptischen Strang seiner Rechtsprechung erkennt der VwGH in anderen Fällen ausdrücklich an, dass historische Überlegungen in bestimmten Konstellationen mit großer Überzeugungskraft auf einen wortlautüberschreitenden Willen des Gesetzgebers hinweisen können. So lässt der VwGH „ein Abweichen von einem klaren Gesetzeswortlaut“ zu, sofern „aus den Gesetzesmaterialien mit eindeutiger Sicherheit entnommen werden [...] [kann], dass der Wille des Gesetzgebers tatsächlich in eine andere Richtung gegangen ist“⁹⁸³. Entscheidend sei dabei also, ob „nach den Gesetzesmaterialien [...] Anhaltspunkte“ für ein „Abweichen vom Gesetzeswortlaut“⁹⁸⁴ vorliegen.⁹⁸⁵ Historische Überlegungen können somit die Feststellung einer semantischen Verkürzung einer Bestimmung rechtfertigen, insbesondere wenn „den wiedergegebenen Gesetzesmaterialien [...] eindeutig entnehmbar ist, dass der Gesetzgeber ein vom Wortlaut abweichendes Ergebnis intendiert hat“⁹⁸⁶. In solchen Fällen ist die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses grundsätzlich

⁹⁸⁰ VwGH 23.02.1996, 94/17/0435; 28.05.1991, 90/04/0348; 06.03.1989, 88/15/0066; MwN siehe *Potacs*, Auslegung 194 f.

⁹⁸¹ VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055 = *ecolex* 2017, 421 (*Primosch*).

⁹⁸² Ebenda.

⁹⁸³ VwGH 05.09.2008, 2005/12/0029; 07.09.2004, 2003/18/0194; 21.09.2005, 2003/16/0142; Vgl auch VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0089.

⁹⁸⁴ VwGH 30.06.2011, 2008/07/0050.

⁹⁸⁵ Auch hier deuten die Äußerungen des VwGH auf ein grundlegendes Verständnis des *semantischen Lückenbegriffes* hin.

⁹⁸⁶ VwGH 05.09.2008, 2005/12/0029; Vgl auch VwGH 30.04.2015, 2013/15/0086.

zulässig. Für den VwGH ist es aber von besonderer Bedeutung, dass die einschlägigen Gesetzesmaterialien *eindeutige Hinweise* auf die semantische Verkürzung einer Bestimmung liefern.

Überdies argumentiert der VwGH auch gegen die Anwendung eines Analogieschlusses allein unter Rückgriff auf historische Gesichtspunkte. Ein gewichtiges Kriterium für eine ablehnende Analogieentscheidung ist gegeben, wenn „weder aus den Materialien“ noch „aus anderen Umständen“⁹⁸⁷ des Entstehungsprozesses einer Vorschrift Hinweise auf eine Verkürzung des Wortlautes hervorgehen. Der VwGH lehnt „eine Auslegung nach einem über den klaren und eindeutigen Wortlaut hinausgehenden vermeintlichen Willen des Gesetzgebers“ ab, wenn „ein derartiger Wille [...] [nicht] auch aus den Gesetzesmaterialien [...] abzuleiten [ist]“⁹⁸⁸. Im Umkehrschluss würden klare Hinweise in den Gesetzesmaterialien den VwGH also dazu bewegen, eine wortlautüberschreitende Auslegung vorzunehmen. An einer Stelle etwa entschied der VwGH zugunsten eines Analogieschlusses mit der Begründung, dass „die Gesetzesmaterialien [...] klar erkennen [lassen], daß [sic!] der Gesetzgeber [...] den Wortlaut [...] zu eng gefaßt [sic!] hat“⁹⁸⁹.

Der eindeutige Nachweis des gesetzgeberischen Willens stellt für den VwGH, wie an vorheriger Stelle bereits aufgezeigt⁹⁹⁰, einen zentralen Maßstab für die Bewertung der Zulässigkeit eines rechtlichen Analogieschlusses dar. In diesem Zusammenhang misst der VwGH der Heranziehung historischer Indizien einiges an Bedeutung bei. Vor allem sehr klare Hinweise in den Gesetzesmaterialien können für den VwGH ausschlaggebend für die Anwendung eines Analogieschlusses sein.

F. Zusammenfassung und Bewertung

Das vorangegangene Kapitel beinhaltet eine Veranschaulichung argumentativer und interpretativer Mittel, die der VwGH verwendet, um die Zulässigkeit der Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse festzustellen.

Es wurde zunächst bemerkt, dass der VwGH die grundsätzliche Zulässigkeit des Analogieschlusses im Bereich des öffentlichen Rechts und im Speziellen im Bereich des

⁹⁸⁷ VwGH 12.11.2008, 2008/12/0179.

⁹⁸⁸ VwGH 18.09.2020, Ro 2016/08/0020.

⁹⁸⁹ VwGH 04.09.1997, 96/18/0134.

⁹⁹⁰ Näheres dazu oben bei VI.C.3.

Verwaltungsrechts anerkennt. Dabei stützt er sich auf eine analoge Anwendung der §§ 6 und 7 ABGB. In einigen wenigen Entscheidungen lehnt der VwGH jedoch die Zulässigkeit des rechtlichen Analogieschlusses im öffentlichen Recht mit Blick auf das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG ab. Insgesamt überwiegt in seiner Rechtsprechung jedoch die Position, dass Anwendungen rechtlicher Analogien im Verwaltungsrecht erlaubt sind.

In weiterer Folge wurde der vom VwGH formulierte Grundsatz der Auslegungstreue behandelt, der die zentrale hermeneutische Leitlinie des VwGH für die Beurteilung der Zulässigkeit rechtlicher Analogien darstellt. Dieser Grundsatz besagt, dass eine Rechtslücke im Verwaltungsrecht im Zweifel nicht angenommen werden darf. Der VwGH begründet diese Auffassung mit der besonderen Funktion des Verwaltungsrechts, das nach seiner Ansicht lediglich einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses regelt. Dies bedeutet, dass das Verwaltungsrecht zumeist auf konkrete, einzelfallbezogene regulatorische Bedürfnisse reagiert. Im Gegensatz dazu verfolgen Gesetzgebungsakte im bürgerlichen Recht typischerweise einen umfassenden Zweck, welchem zufolge ein Rechtsgebiet möglichst abschließend geregelt werden soll. Daraus folgt wiederum, dass im Verwaltungsrecht eine grundsätzliche Vermutung gegen die Anwendung eines Analogieschlusses besteht, wohingegen im bürgerlichen Recht von der Vermutung abschließender und analogiefähiger Regelungen auszugehen ist.

Aufgrund des Grundsatzes der Auslegungstreue werden vom VwGH an den Nachweis einer Rechtslücke besonders hohe Anforderungen gestellt. Ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut ist demgemäß nur zulässig, wenn eindeutig feststeht, dass der Gesetzgeber eine andere Regelung beabsichtigt hat, als im Gesetzestext zum Ausdruck kommt. Zwar gibt es vereinzelt Entscheidungen des VwGH, die eine weitaus offenere Haltung gegenüber dem Analogieschluss erkennen lassen, doch handelt es sich dabei um Ausnahmefälle. In der Gesamtschau bleibt der VwGH seiner restriktiven Linie treu und hält insbesondere auch in jüngeren Entscheidungen konsequent am Grundsatz der Auslegungstreue fest.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines rechtlichen Analogieschlusses berücksichtigt der VwGH verschiedene interpretative Gesichtspunkte. Er prüft etwa, ob sich Hinweise auf eine Lückenhaftigkeit einer Bestimmung aus dem näheren Rechtstextzusammenhang und der gesetzlichen Systematik ergeben. Dabei achtet der VwGH besonders darauf, ob eine Vorschrift unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten als lückenhaft einzustufen ist. In

diesem Zusammenhang wendet er häufig die gleichheitskonforme Interpretation an, wobei eine eklatante Gleichheitswidrigkeit für ihn ein Indiz für das Vorliegen einer Rechtslücke darstellt.

Gleichzeitig warnt der VwGH vor einer übermäßigen Betonung des Kriteriums der Verfassungskonformität, die ihn dazu verleiten könnte seine Kompetenzen zu überschreiten. Er lehnt eine Analogie zumeist ab, wenn die Gesamtschau der maßgeblichen Evidenzen gegen einen verkürzten Ausdruck des gesetzgeberischen Willens im Gesetzeswortlaut spricht. Insgesamt betont der VwGH daher, dass sowohl der Analogieschluss als auch die verfassungskonforme Interpretation restriktiv erfolgen und sich auf eindeutig zu Tage kommende systematische oder gleichheitsbezogene Indizien stützen müssen.

Ein weiterer für den VwGH maßgeblicher Aspekt bei der Anwendung rechtlicher Analogien ist die teleologische Interpretation. Nach seiner Rechtsprechung kann der Wortlaut einer Vorschrift im Licht ihres normativen Zwecks als unvollständig erscheinen, was einen Analogieschluss rechtfertigen kann. Der VwGH prüft in diesem Zusammenhang, ob das Telos der Regelung über den ausdrücklich geregelten Tatbestand hinausreicht und daher eine analoge Anwendung geboten ist.

Auch die historische Interpretation dient dem VwGH zur Ermittlung des normativen Inhalts einer Bestimmung und zur Beurteilung der Notwendigkeit eines Analogieschlusses. Dabei achtet er darauf, ob die Gesetzesmaterialien Hinweise auf eine Unvollständigkeit des Gesetzeswortlauts enthalten. Allerdings verlangt der VwGH, dass aus den Materialien hinreichend klare Indizien für eine semantische Verkürzung hervorgehen; andernfalls misst er dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut größeres Gewicht bei. Der Analogieschluss setzt somit auch in diesem Zusammenhang einen eindeutigen Nachweis des gesetzgeberischen Willens voraus.

Zusammenfassend lässt sich zur Vorgehensweise des VwGH bei der Analogiebildung festhalten, dass er die analoge Anwendung von Rechtsvorschriften im Verwaltungsrecht im Zweifel als unzulässig ansieht. Dementsprechend stellt er sehr hohe Anforderungen an die erfolgreiche Begründung eines Analogieschlusses.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich überdies für den VwGH eine gewisse Rangordnung der Auslegungsmethoden. Für ihn ist „in erster Linie [...] jene Bedeutung maßgebend, die nach Wortlaut und Systemzusammenhang als eindeutige Äußerung des Willens des

Gesetzgebers anzusehen ist“⁹⁹¹. Lassen sich darüber hinaus Hinweise für eine semantisch verkürzte oder überschießende Ausdrucksweise des Gesetzgebers finden, so sind „weitere Erwägungen im Sinne der Teleologie, der Analogie sowie schließlich der natürlichen Rechtsgrundsätze anzustellen. Da im Vordergrund die Orientierung der Auslegung am Willen des Gesetzgebers steht, kann dies ausnahmsweise sogar zu einem Abweichen vom klaren Wortlaut des Gesetzes führen, wenn feststeht, daß [sic!] der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat“⁹⁹². Insgesamt zeigt sich daher, dass der VwGH an einer streng am gesetzgeberischen Willen orientierten Interpretationsmethodik festhält. Analogieschlüsse lässt er nur in Ausnahmefällen und unter strengen Voraussetzungen zu.

Dem Bestreben des VwGH, sich bei der Auslegung des Rechts grundsätzlich am Willen des Gesetzgebers zu orientieren, ist positiv beizupflichten. Gleiches gilt für den Grundsatz der Auslegungstreue, soweit er semantischen Indizien eine vorläufig bevorzugte evidenzielle Beweiskraft zuschreibt. Auch die Ergebnisse des ersten Teils dieser Arbeit sprechen für eine grundsätzliche Vermutung zugunsten der semantikkonformen Auslegung von Rechtsvorschriften im Verwaltungsrecht.

Der VwGH treibt diese Vermutung jedoch mitunter sehr weit. So verlangt er etwa, dass eine konkrete semantische Verkürzung eindeutig feststeht oder dass ein zweifelsfreier Beweis für das Vorliegen einer Lücke erbracht wird. Besonders streng ist er beim Einsatz historischer Indizien, wo er einen ausdrücklichen Willensnachweis in den Materialien fordert. Dies lässt vermuten, dass der VwGH für den Nachweis eines vom Gesetzgeber indirekt kommunizierten Inhalts eine Evidenzlage verlangt, die über den Nachweis hoher Wahrscheinlichkeiten hinausgeht.

Zwar ist bei der Anwendung einer rechtlichen Analogie stets der Nachweis überzeugender pragmatischer Kriterien erforderlich. Ein vollkommen zweifelsfreier Nachweis eines Interpretationsergebnisses über eine bestimmte Wahrscheinlichkeit hinaus ist jedoch nach dem hier vertretenen theoretischen Verständnis rechtlicher Interpretation nicht möglich. Die Ermittlung des Sinngehalts einer rechtlichen Anordnung bleibt, ähnlich wie die Interpretation alltäglicher Kommunikation, ein (abduktiver) Schluss zur besten

⁹⁹¹ VwGH 07.10.1998, 96/12/0341.

⁹⁹² VwGH 07.10.1998, 96/12/0341.

Erklärung auf Grundlage vorhandener Evidenzen. Ergebnisse der Rechtsauslegung können demgemäß niemals die Sicherheit deduktiv erzielter Schlussfolgerungen erreichen. Daher ist auch für die Anwendung einer rechtlichen Analogie, verstanden als Eruierung implizit vermittelter Rechtsinhalte, bloß der Nachweis bestimmter Wahrscheinlichkeiten erforderlich.

Insgesamt sind die analogiebezogenen Tendenzen der Rechtsprechung des VwGH also positiv zu beurteilen. Das vom VwGH an vielen Stellen geforderte Beweismaß erscheint jedoch in gewissem Maße überzogen.

VIII. Analogie und Erscheinungsformen der Verwaltung

A. Allgemeines

Das nachstehende Kapitel baut auf der grundsätzlichen Einteilung des Verwaltungsrechts in die Bereiche des Eingriffsverwaltungsrechts und des Leistungsverwaltungsrechts auf und widmet sich vor diesem Hintergrund der analogiebezogenen Rechtsprechung des VwGH. Konkret soll untersucht werden, ob anhand dieser Unterscheidung bestimmte Tendenzen für die Beurteilung der Zulässigkeit von Analogieableitungen durch den Gerichtshof ersichtlich sind. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob der VwGH bei der Bildung von Analogieschlüssen im Verwaltungsrecht, je nach Teilrechtsgebiet, unterschiedlich strenge Maßstäbe ansetzt. Darüber hinaus wird geprüft, ob die im ersten Teil dieser Arbeit aufgestellte These einer *kontextuell zu relativierenden Vermutung zugunsten der semantikkonformen Auslegung* durch die Praxis des VwGH bestätigt wird.

Im Allgemeinen äußert sich der VwGH zum Vorrang der Wortsinninterpretation nur bedingt und etwas widersprüchlich. In einigen seiner Erkenntnisse betont der VwGH die grundsätzliche Gleichberechtigung aller gängigen Auslegungsmethoden. Ihm zufolge ist es das „Ziel der Auslegung [...], den objektiven Willen einer Vorschrift zu erfassen“, wobei „diesem Auslegungsziel [...] die grammatische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegung [dienen]“⁹⁹³. Der VwGH führt weiter aus, dass „nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes [...] alle diese Auslegungsmethoden erlaubt [sind]; sie schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen sich“⁹⁹⁴.

Wie schon eingehend besprochen wurde,⁹⁹⁵ legt der VwGH in einer Reihe von Erkenntnissen den Grundsatz der Auslegungsstrenge fest, welcher eine Zweifelsregel gegen die Annahme eines Analogieschlusses darstellt. Damit spricht er sich nicht nur zu einer Vermutung zugunsten des Umkehrschlusses aus, sondern betont, dass dem Wortsinn bei der Auslegung verwaltungsrechtlicher Vorschriften im Zweifel der Vorrang einzuräumen sei. Er hebt hervor, dass im Zuge der rechtlichen Interpretation „zunächst die verbale und die

⁹⁹³ VwGH 07.09.1989, 89/16/0067.

⁹⁹⁴ Ebenda.

⁹⁹⁵ Siehe dazu oben VII.B.

grammatikalische Methode [...] heranzuziehen sind“⁹⁹⁶. An anderer Stelle spricht er davon, dass „bei der Auslegung von Verwaltungsgesetzen vom Gesetzeswortlaut auszugehen [ist]“⁹⁹⁷.

Noch deutlicher wird er in folgendem Zitat:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch im öffentlichen Recht bei einer Interpretation nach jenen grundlegenden Regeln des Rechtsverständnisses vorzugehen, die im ABGB für den Bereich der Privatrechtsordnung normiert sind. § 6 ABGB verweist zunächst auf die Bedeutung des Wortlauts in seinem Zusammenhang. Daher ist grundsätzlich zu fragen, welche Bedeutung einem Ausdruck nach dem allgemeinen Sprachgebrauch oder nach dem Sprachgebrauch des Gesetzgebers zukommt. Dafür müssen die objektiven, jedermann zugänglichen Kriterien des Verständnisses statt des subjektiven Verständnishorizonts der einzelnen Beteiligten im Vordergrund stehen. Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz nach Art. 18 B-VG bewirkt einen Vorrang des Gesetzeswortlautes aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der demokratischen Legitimation der Norm. Dies bedeutet bei Auslegung von Gesetzen [...] einen Vorrang der Wortinterpretation in Verbindung mit der grammatikalischen und der systematischen Auslegung sowie äußerste Zurückhaltung gegenüber der Anwendung sogenannter ‚korrigierender Auslegungsmethoden‘.“⁹⁹⁸

Durch die den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der demokratischen Legitimation entsprechende Funktion des Verwaltungsrechts schreibt der VwGH der Semantik also eine vorrangige Rolle zu. Ergebnisse der Wortinterpretation sind daher im Verwaltungsrecht zumindest *prima facie* stärker zu gewichten als jene anderer Interpretationsmethoden.

Wie bereits im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt wurde, ist in besonders eingriffsstarken Bereichen des Verwaltungsrechts eine strenge interpretative Bindung an die Semantik zu erwarten. Im Verwaltungsstrafrecht gilt grundsätzlich sogar ein Analogieverbot *in malam*

⁹⁹⁶ VwGH 20.09.2001, 2000/06/0103.

⁹⁹⁷ VwGH 05.09.2008, 2005/12/0029.

⁹⁹⁸ VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0089; Vgl auch VwGH 30.09.2019, Ra 2019/01/0312; 03.10.2018, Ro 2018/12/0014; 23.02.2001, 98/06/0240.

partem. In weniger eingriffsintensiven Bereichen des Verwaltungsrechts nimmt die Semantik hingegen geringere Bedeutung ein.⁹⁹⁹

Die folgenden Abschnitte untersuchen anhand von konkreten Aussagen des VwGH sowie von Fallbeispielen, inwieweit die These der kontextuell zu relativierenden Vermutung zugunsten der semantikkonformen Interpretation in der Rechtspraxis tatsächlich zum Tragen kommt.

B. Verwaltungsstrafrecht

Die gerichtliche Anwendung strafrechtlicher Vorschriften unterliegt dem in Verfassungsrang stehenden Grundsatz *nulla poena sine lege* (Art 7 Abs 1 EMRK). Ein wesentlicher Aspekt dieses Prinzips ist, neben dem Rückwirkungsverbot, das Verbot der Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse auf strafrechtliche Tatbestände. Auch im Bereich des Verwaltungsstrafrechts ist das Prinzip *nulla poena sine lege* durch § 1 Abs 1 VStG zumindest implizit gesetzlich verankert.¹⁰⁰⁰

Der VwGH bestätigt zunächst die Geltung dieses Grundsatzes im Verwaltungsstrafrecht:

„Entsprechend dem im Strafrecht allgemein geltenden, im Bereich des Verwaltungsstrafrechtes aus § 1 Abs. 1 VStG ableitbaren Grundsatz ‚nullum crimen sine lege‘ ist Voraussetzung für die Verhängung einer Strafe, dass die Tat zur Zeit ihrer Begehung ausdrücklich für strafbar erklärt war [...]“¹⁰⁰¹

Der VwGH hebt ferner hervor, dass „in diesem Zusammenhang [...] an die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zu erinnern [ist], wonach die Rechtsordnung dem Einzelnen die Möglichkeit geben muss, sich dem Recht gemäß zu verhalten und den Unrechtsgehalt seines Handelns oder Unterlassens eindeutig zu erkennen. Strafbestimmungen müssen daher unzweideutig sein und dürfen beim Normadressaten so wenig Zweifel wie möglich entstehen lassen. Der Gesetzgeber hat die Elemente eines strafbaren Tatbestandes genau zu umschreiben und darf es nicht der individuellen Vollziehung überlassen, eine Strafnorm ergänzend auszulegen.“¹⁰⁰²

⁹⁹⁹ Siehe dazu oben IV.D.4.

¹⁰⁰⁰ Siehe dazu oben IV.C.3.d.

¹⁰⁰¹ VwGH 19.10.2023, Ro 2022/07/0011; 12.10.2021, Ra 2019/11/0015; 08.08.2008, 2006/09/0126.

¹⁰⁰² VwGH 12.09.2005, 2003/10/0018.

Im Sinne dieser starken Akzentuierung des strafrechtlichen Rechtsstaatlichkeitsprinzips nimmt der VwGH ein auch im Verwaltungsstrafrecht geltendes *Analogieverbot* an. Nach Auffassung des VwGH besteht „im gerichtlichen Strafrecht wie gleichermaßen auch im Verwaltungsstrafrecht [...] ein grundsätzliches Analogieverbot“¹⁰⁰³. Entsprechend ist es dem VwGH untersagt, eine „über den Wortsinn hinausgehende Auslegung“¹⁰⁰⁴ einer Strafbestimmung vorzunehmen. Der VwGH stellt dabei klar, dass „im Verwaltungsstrafrecht der äußerst mögliche Wortsinn die Grenze belastender Strafrechtsgewinnung [bildet]. Strafrechtsquelle ist ausschließlich das geschriebene Gesetz.“¹⁰⁰⁵

Der VwGH begründet seine Auffassung damit, dass „strafgesetzliche Vorschriften das strafbare Verhalten unmissverständlich und klar erkennen lassen müssen und daher weder analog noch rückwirkend angewendet werden dürfen“¹⁰⁰⁶. Er beschreibt die Wirkung des verwaltungsstrafrechtlichen Analogieverbots daher dahingehend, dass das „Ergebnis“ einer Interpretation daran zu messen ist, ob es dem „Verbot einer ausdehnenden Auslegung verwaltungsstrafrechtlicher Tatbestände [...]“¹⁰⁰⁷ widerspricht. Insgesamt hält der VwGH es also für unzulässig, „im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens“ eine Rechtslücke zu schließen, wenn „dies [...] zu einer den Straftatbestand ausweitenden Analogie führen würde, die jedoch gemäß § 1 Abs. 1 VStG unzulässig ist“¹⁰⁰⁸.

Auch andere methodologische Gesichtspunkte, die eine ausdehnende Auslegung einer Vorschrift stützen können, vermögen nach Ansicht des VwGH das Analogieverbot nicht in Frage zu stellen. So können historische Indizien verworfen werden, wenn sie keinen hinreichenden Niederschlag im Wortlaut des Verwaltungsstrafatbestands gefunden haben. Der VwGH erklärt dazu: „Auch die Gesetzesmaterialien können nicht zu einem anderen Ergebnis führen, hat doch der Gesetzgeber die Elemente eines strafbaren Tatbestandes genau

¹⁰⁰³ VwGH 08.08.2008, 2006/09/0126.

¹⁰⁰⁴ VwGH 08.06.1993, 92/02/0263; Ähnlich bei VwGH 24.03.2000, 97/21/0748: „[...] das auch im Verwaltungsstrafrecht geltende ‚Analogieverbot‘, [verbietet] eine Auslegung der anzuwendenden Strafnorm über den möglichen Wortsinn hinaus [...]“.

¹⁰⁰⁵ VwGH 19.10.2023, Ro 2022/07/0011; 26.1.2023, Ro 2020/01/0002.

¹⁰⁰⁶ VwGH 29.04.2002, 2000/03/0066.

¹⁰⁰⁷ VwGH 21.09.2018, Ro 2018/02/0013; Vgl auch VwGH 31.7.2014, Ro 2014/02/0099.

¹⁰⁰⁸ VwGH 15.06.2023, Ra 2021/02/0176.

zu umschreiben und darf es nicht der individuellen Vollziehung und ihrer Interpretation überlassen, eine Strafnorm ergänzend auszulegen.“¹⁰⁰⁹

Zusätzlich verweist der VwGH „unter Bedachtnahme auf Art. 7 EMRK“ darauf, dass „die richtlinienkonforme Auslegung von Strafvorschriften [...] durch das Rückwirkungs- und Analogieverbot sowie das Verbot einer exzessiven Interpretation begrenzt“¹⁰¹⁰ ist. Selbst wenn systematische Kriterien wie die Verfassungskonformität für die Anwendung eines Analogieschlusses sprechen, ist von einem solchen abzusehen. Letztlich verneint der VwGH daher nicht nur die Zulässigkeit des Analogieschlusses, sondern auch jede andere Form *rein pragmatischer* Auslegungsmethoden im Verwaltungsstrafrecht. So führt er aus, dass „eine Ergänzung“ des Gesetzes „durch Analogie oder jede andere Art der Lückenschließung (etwa durch Größenschluss) zum Nachteil des Täters [...] untersagt [ist]“¹⁰¹¹.

Der Wirkungsbereich des Analogieverbots ist jedoch auf Fälle begrenzt, in denen die Anwendung einer Analogie zur Verschlechterung der rechtlichen Position des Täters führt (Analogieverbot *in malam partem*).¹⁰¹² Die Schließung einer Lücke ist demnach nur „zum Nachteil des Täters [...] untersagt“¹⁰¹³. Demgemäß betont der VwGH: „[Eine] den Strafraumen überschreitende Auslegung zulasten des Täters [ist] unzulässig“¹⁰¹⁴. Im Umkehrschluss ist eine Analogie zugunsten der Rechtsposition des Täters also erlaubt.

Insgesamt präsentiert sich die Rechtsprechung des VwGH zum verwaltungsstrafrechtlichen Analogieverbot erstaunlich kohärent. An vielen Stellen betont der VwGH zwar, dass trotz des geltenden Analogieverbots „eine Auslegung des Gesetzes nach Inhalt, Sinn und Tragweite eines bestehenden Rechtssatzes nicht aus[geschlossen]“¹⁰¹⁵ ist, oder dass ein Analogieverbot „nicht die Schlussfolgerung zu[lässt], dass die Interpretation von Strafnormen auch ansonsten von vornherein eingeschränkt wäre“¹⁰¹⁶, dennoch wird der VwGH nicht müde zu betonen, dass eine über die Semantik einer Vorschrift hinausgehende Interpretation grundsätzlich untersagt ist. Seiner Auffassung

¹⁰⁰⁹ VwGH 10.12.2013, 2013/05/0162.

¹⁰¹⁰ VwGH 29.04.2002, 2000/03/0066.

¹⁰¹¹ VwGH 19.10.2023, Ro 2022/07/0011; 26.1.2023, Ro 2020/01/0002.

¹⁰¹² Siehe dazu oben IV.C.3.d.

¹⁰¹³ VwGH 19.10.2023, Ro 2022/07/0011; 26.1.2023, Ro 2020/01/0002; Siehe dazu auch VwGH 07.07.2017, Ra 2016/03/0099; 09.09.2015, Ro 2015/04/0017; 24.01.1997, 96/02/0479; 30.04.1992, 92/02/0103.

¹⁰¹⁴ VwGH 16.02.2023, Ra 2021/02/0170.

¹⁰¹⁵ VwGH 07.07.2017, Ra 2016/03/0099.

¹⁰¹⁶ VwGH 27.02.2019, Ro 2018/05/0017.

zufolge „[darf] es der Gesetzgeber nicht der individuellen Vollziehung und ihrer Interpretation überlassen, eine Strafnorm ergänzend auszulegen“¹⁰¹⁷.

Für den VwGH ist die Einhaltung des Analogieverbots im Hinblick auf rechtsstaatliche Prinzipien unbedingt geboten. „Strafrechtsquelle“ ist nach seiner Meinung „ausschließlich das geschriebene Gesetz; die Schaffung von Strafgesetzen ist den verfassungsmäßig hiezu berufenen Organen im Wege des verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Verfahrens vorbehalten, durch Analogie dürfen keine neuen Tatbestände geschaffen werden [...]“¹⁰¹⁸.

Zudem hebt der VwGH die konkrete Bedeutung des Legalitätsprinzips und des damit einhergehenden Bestimmtheitsgebots hervor:

„Wie der Verwaltungsgerichtshof im Übrigen in ständiger Rechtsprechung ausführt, verlangt das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 Abs. 1 B-VG für Strafbestimmungen – aus dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses – eine besonders genaue gesetzliche Determinierung des unter Strafe gestellten Verhaltens. Ferner ist für Strafbestimmungen auf dem Boden des Art. 7 EMRK im Zusammenhalt mit § 1 Abs. 1 VStG der Grundsatz zu beachten, dass eine Tat nur bestraft werden darf, wenn sie gesetzlich vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war, und strafgesetzliche Vorschriften das strafbare Verhalten unmissverständlich und klar erkennen lassen.“¹⁰¹⁹

Der VwGH unterstreicht sohin eindrücklich, dass die Einhaltung des verwaltungsstrafrechtlichen Analogieverbots, im Lichte der einschlägigen verfassungsrechtlichen Prinzipien, methodisch geboten ist.

C. Eingriffsverwaltung

Die restriktive Haltung des VwGH gegenüber dem rechtlichen Analogieschluss zeigt sich nicht nur bei der Auslegung verwaltungsstrafrechtlicher Bestimmungen. Auch aus seiner Judikatur zur Auslegung sonstiger besonders eingriffsintensiver Vorschriften wird eine gewisse Vorsicht gegenüber dem Analogieschluss und eine besondere Gewichtung semantischer Interpretationskriterien deutlich.

¹⁰¹⁷ VwGH 27.02.2019, Ro 2018/05/0017; Vgl auch VwGH 10.12.2013, 2013/05/0162.

¹⁰¹⁸ VwGH 29.08.2000, 2000/05/0087.

¹⁰¹⁹ VwGH 08.03.2023, Ra 2022/03/0103; 15.12.2021, Ra 2021/02/0185; 14.12.2007, 2007/02/0273; 25.01.2005, 2004/02/0284; 16.12.2004, 2002/07/0140; 26.03.2004, 2003/02/0202; 23.05.2002, 99/03/0144.

Ausdrücklich bezieht sich der VwGH etwa auf die Auslegung eingriffsintensiver Vorschriften in einem Erkenntnis zu einer Bestimmung des Zahnärztegesetzes. § 54 des Zahnärztegesetzes sah vor, dass einem Kammermitglied die Pflicht obliegt, im Falle einer Berufsstreitigkeit diese vor Ergreifen gerichtlicher Schritte der zuständigen Zahnärztekammer vorzulegen. Nach Ansicht des VwGH könne diese Bestimmung nicht mittels eines Analogieschlusses ergänzend ausgelegt werden, da sie keine „über den Wortlaut der Norm hinausgehenden [...] Inhalte“¹⁰²⁰ enthalte. Dies ergebe sich für den Gerichtshof aus dem Umstand, dass „eine Ausdehnung eines klaren Gesetzeswortlautes, insbesondere in einer verpflichtenden Norm (etwa im Wege der Analogie), nicht zulässig [ist]“¹⁰²¹.

Als weitere eingriffsintensive und „durch belastende Verwaltungsvorschriften gekennzeichnet[e]“¹⁰²² Rechtsmaterie kann das Abgabenrecht angesehen werden. Auch in diesem Bereich zeigt sich der VwGH grundsätzlich zurückhaltend gegenüber analogen Interpretationen. In einem älteren Erkenntnis formulierte er sogar ein umfassendes Analogieverbot für die Schließung von Gesetzeslücken: „Eine Ausfüllung unechter Gesetzeslücken im Wege der Analogie ist im Abgabenrecht wie im Strafrecht (in diesem überdies auch bei echten Gesetzeslücken) unzulässig“¹⁰²³.

Die jüngere abgabenrechtliche Rechtsprechung des VwGH offenbart jedoch eine differenzierte Haltung gegenüber dem Analogieschluss. So entschied der VwGH zugunsten der analogen Anwendung des damaligen § 108 Finanzstrafgesetzes, welcher, im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren gemäß des damaligen § 176 Abs 1 Bundesabgabenordnung, keinen ausdrücklichen Ersatz der aufgewendeten Barauslagen eines Zeugen vorsah. Nach Meinung des VwGH lag „somit in § 108 FinStrG eine (nachträglich entstandene) echte Gesetzeslücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts [... vor], die [...] entsprechend dem selbst der lückenhaften Regelung entnehmbaren Zweck“¹⁰²⁴ zu schließen war.

¹⁰²⁰ VwGH 01.10.2014, Ro 2014/09/0052.

¹⁰²¹ Ebenda.

¹⁰²² *Holzinger*, taxlex 2016, 285.

¹⁰²³ VwGH 10.10.1951, 1806/50.

¹⁰²⁴ VwGH 21.03.1996, 93/15/0221; Näheres dazu auch bei *Werndl*, Zur Analogie im Steuerrecht, ÖJZ 1997, 298.

In einem weiteren Fall zeigte sich der VwGH bereit, den damaligen § 284 Bundesabgabenordnung betreffend die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Steuerverfahren analog auf ein vergnügungssteuerliches Berufungsverfahren anzuwenden.¹⁰²⁵ Diese Fälle verdeutlichen, dass der VwGH der Zulässigkeit einer Analogie im Bereich des Abgabenrechts nicht grundsätzlich abgeneigt ist. In beiden genannten Fällen wurde jedoch bloß die analoge Anwendung von abgabenrechtlichen Verfahrensvorschriften thematisiert.¹⁰²⁶

Ob der VwGH auch die analoge Anwendung materieller und insbesondere belastender Abgabenvorschriften für zulässig hält, darf nach wie vor bezweifelt werden. Jüngeren Aussagen zufolge schließt der VwGH die Analogie im Abgabenrecht gänzlich aus. So hält er in einem Fall fest, dass „für eine Analogie [...] bei der Auslegung des Anwendungsbereiches von Abgabentatbeständen grundsätzlich kein Raum [ist]“¹⁰²⁷.

Bestätigend kann in diesem Sinne zudem die Rechtsprechung zur Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse auf Tatbestände des Gerichtsgebührenrechts herangezogen werden. Der VwGH führt aus, dass „die Gerichtsgebührenpflicht [...] bewußt [sic!] [...] formale äußere Tatbestände“ festlege, „um eine möglichst einfache Handhabung des Gesetzes zu gewährleisten“¹⁰²⁸. Nach Auffassung des Gerichtshofs solle in diesem Bereich eine „ausdehnende oder einschränkende Auslegung des Gesetzes, die sich vom Wortlaut insoweit entfernt, als sie über das Fehlen eines Elementes des im Gesetz umschriebenen Tatbestandes [...] hinwegsieht“¹⁰²⁹, nicht erfolgen. Folglich sei „die Analogie im Bereich des Gerichtsgebührenrechtes [...] regelmäßig ausgeschlossen“¹⁰³⁰.

Wie im Verwaltungsstrafrecht kann wohl auch im Abgabenrecht angenommen werden, dass der VwGH die analoge Anwendung belastender Vorschriften vermeidet. Daraus lässt sich schließen, dass er Analogieschlüsse zugunsten einer abgabenverpflichteten Partei durchaus für zulässig hält.¹⁰³¹

¹⁰²⁵ VwGH 10.08.2010, 2010/17/0078; Siehe auch bei *Holzinger*, taxlex 2016, 285.

¹⁰²⁶ *Holzinger*, taxlex 2016, FN 20.

¹⁰²⁷ VwGH 18.09.2002, 2002/17/0231.

¹⁰²⁸ VwGH 25.06.1996, 92/16/0018; Siehe auch bei VwGH 29.04.2013, 2012/16/0063; 29.04.2013, 2011/16/0004; 21.09.2005, 2003/16/0510; 18.12.1997, 97/16/0344; 12.11.1997, 97/16/0198; 14.05.1992, 91/16/0029; 23.04.1992, 91/16/0009; 31.10.1991, 90/16/0175.

¹⁰²⁹ VwGH 25.06.1996, 92/16/0018.

¹⁰³⁰ VwGH 25.06.1996, 92/16/0018.

¹⁰³¹ Vgl. *Holzinger*, taxlex 2016, 286.

Obgleich die vorsichtig gehandhabte Analogierechtsprechung des VwGH bezüglich eingriffsintensiver Verwaltungsvorschriften quantitativ dominant zu sein scheint, lassen sich auch Aussagen des VwGH finden, welche die Zulässigkeit der analogen Anwendung belastender Bestimmungen befürworten. Demnach hält er in einem Erkenntnis fest, dass eine „belastende Analogie“ durchaus „in engen Grenzen [...] zulässig“ sei, wenn „der Sinn der gesetzlichen Regelung eindeutig zeigt, daß [sic!] der vom Wortlaut der Norm nicht mehr erfaßte [sic!] Sachverhalt dem geregelten so ähnlich ist, daß [sic!] seine Außerachtlassung als schwerer Verstoß gegen die Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit gewertet werden müßte [sic!]“¹⁰³². Nach dieser Auffassung können eindeutige Gründe für die Annahme einer Analogie sprechen, auch wenn die daraus resultierende Rechtsanwendung zu einer Belastung führt. Diese Aussage des VwGH deutet auf eine flexible und einzelfallbezogene Haltung in Bezug auf die Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse hin.¹⁰³³

Insgesamt sind der Rechtsprechung des VwGH jedoch nur wenige Fälle der positiven Anwendung rechtlicher Analogien auf eingriffsintensive Vorschriften zu entnehmen.

D. Leistungsverwaltung

Tatsächlich scheint der VwGH in klassischen Bereichen der Leistungsverwaltung eine etwas offenere Haltung gegenüber dem rechtlichen Analogieschluss einzunehmen.

Der Bereich der Sozialhilfe und der Sozialleistungen ist eine jener Rechtsmaterien, in denen der VwGH regelmäßig gesetzliche Bestimmungen über deren Wortlaut hinaus anwendet. So hatte der Gerichtshof darüber zu entscheiden, welchem Haushalt der Anspruch auf Familienbeihilfe zusteht, „wenn das Kind innerhalb eines Monats zeitlich hintereinander unterschiedlichen Haushalten angehört“¹⁰³⁴. Das einschlägige Familienlastenausgleichsgesetz 1967 enthielt keine ausdrückliche Regelung für einen solchen Fall. Der VwGH entschied sich daher, § 2a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 analog anzuwenden, obwohl diese Bestimmung nicht ausdrücklich die Anspruchsverteilung auf getrennte Haushalte, sondern bloß die von gemeinsamen Haushalten mittels eines „Überwiegensprinzips“¹⁰³⁵ regelte. Der VwGH stellte schließlich

¹⁰³² VwGH 14.01.1993, 91/09/0230; Siehe dazu auch *Potacs*, in FS Rill 585.

¹⁰³³ Vgl *Potacs*, in FS Rill 584.

¹⁰³⁴ VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058.

¹⁰³⁵ Ebenda.

fest, dass „diese Wertungsentscheidung des Gesetzgebers per Analogie zur Anwendung gebracht werden“¹⁰³⁶ könne.

In einem weiteren Fall hob der Gerichtshof einen negativen Bescheid über einen Antrag auf Gewährung eines erhöhten Karenzurlaubsgeldes nach dem steiermärkischen Karenzurlaubsgesetz auf. Der auszulegende § 14c des steiermärkischen Karenzurlaubsgesetzes wies nach Meinung des Gerichtshofes eine planwidrige Lücke auf, da der zuständige Landesgesetzgeber bei der Übernahme der bundesweit geltenden Rechtslage „übersehen“¹⁰³⁷ hatte, einen Zuschuss für alleinstehende Elternteile vorzusehen.

Auch im Bereich des Sozialversicherungsrechts hat der VwGH rechtliche Analogieschlüsse herangezogen. In einem Fall etwa musste er über die Behandlung der doppelten Überweisung von Pensionsversicherungsbeiträgen an verschiedene Sozialversicherungsträger entscheiden. Das Gesetz sah hierzu keine bestimmte Vorgehensweise der Behörden vor. Somit wandte der VwGH den damaligen § 70 Abs 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) analog an, welcher ausdrücklich bloß die Erstattung von Beträgen im Falle einer Überschreitung der Höchstbeitragsgrundlage vorsah, und begründete im streitgegenständlichen Fall ein Recht auf Erstattung des doppelt geleisteten Beitrags. Der VwGH führte dazu aus, „der Senat [...] [vermöge] nicht zu erkennen, aus welchen Gründen § 70 Abs. 2 ASVG [...] Fällen, in denen erst durch die Leistung eines Überweisungsbetrages einander deckende Beitragszeiten nach dem ASVG zustandekommen, nicht anzuwenden sein sollte. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist die Anwendung des § 70 Abs. 2 ASVG sogar geboten“¹⁰³⁸.

Erwähnenswert ist zudem, dass der VwGH im Bereich des Sozialversicherungsrechts nicht davor zurückschreckt, durch analoge Rechtsanwendungen die Rechtsposition der Versicherten zu verschlechtern. So verteidigte der VwGH die Ruhestellung eines Anspruchs auf Notstandshilfe, der aufgrund eines zeitlich begrenzten Aufenthalts in einer Kuranstalt ausgesprochen wurde, mittels eines Analogieschlusses. Das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AIVG) regelte bloß die Ruhestellung eines Anspruchs aufgrund der Unterbringung in einer „Heil- oder Pflegeanstalt“ ausdrücklich. Der VwGH wandte jene Bestimmung dennoch analog auf die Unterbringung in einer „Kuranstalt“ an,

¹⁰³⁶ VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058.

¹⁰³⁷ VwGH 31.03.2006, 2003/12/0035.

¹⁰³⁸ VwGH 17.10.2001, 99/08/0086.

da seiner Meinung nach die „Unterbringung in einer Kuranstalt - ebenso wie jene in einer Heil- und Pflegeanstalt - in der Regel eine begrenzte Dauer aufweist“¹⁰³⁹.

In einem weiteren Erkenntnis befasste sich der VwGH mit der Frage, ob das AIVG auch Ausbildungen, die im Ausland absolviert wurden, als Kriterium für die Erstreckung der Anwartschaftsrahmenfrist heranzieht. Dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend wäre eine Berücksichtigung der Auslandsausbildung möglich gewesen. Der VwGH verwies jedoch darauf, dass jene ausdrückliche Regelung „einen tiefgreifenden Wertungswiderspruch“ enthalte, da „dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden [könne], die im Ausland absolvierten Ausbildungen nicht nur den im Inland absolvierten Ausbildungen gleichzustellen, sondern [...] sogar besser zu behandeln“¹⁰⁴⁰. Das AIVG enthalte demnach „eine planwidrige Lücke [...] die [...] auch zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung“ zu schließen sei, weshalb eine Ausbildung, „der sich der Arbeitslose [...] im Ausland unterzogen hat [...] nicht rahmenfristerstreckend berücksichtigt werden“¹⁰⁴¹ könne. Beide genannten Fälle führten zu einer Schlechterstellung der Rechtsposition einer Partei durch die Versagung bestimmter öffentlich-rechtlicher Ansprüche. In effectu stellen jene Auslegungen also Analogieschlüsse *in malam partem* dar.

In einem anderen sozialversicherungsrechtlichen Fall hatte der VwGH über die Höhe des Überweisungsbetrags zu entscheiden, den ein Dienstgeber im Falle des Ausscheidens eines Dienstnehmers aus einem pensionsversicherungsfreien Dienstverhältnis an den zuständigen Pensionsversicherungsträger zu zahlen hatte. Dieser war nach ausdrücklicher Anordnung des ASVG entweder anhand des zuletzt voll oder halb geleisteten Entgeltanspruchs zu berechnen. Der Gerichtshof befand jedoch, dass der Gesetzgeber es „übersehen“ hatte, Fälle zu erwähnen, „in denen weder ein Anspruch auf volles noch auf halbes Entgelt besteht“¹⁰⁴². Daher entschied der VwGH, dass, „im Hinblick auf [...] [die] Absicht [des Gesetzgebers], bei der Berechnung des Überweisungsbetrages eine Anpassung an das Dienstrecht zu bewirken, [...] davon auszugehen [ist], dass im Beschwerdefall eine durch Analogie zu schließende Lücke vorliegt“¹⁰⁴³. Auch in diesem Fall kam die analoge Auslegung des Gerichtshofes einer Analogie *in malam partem* gleich, da das Begehren der

¹⁰³⁹ VwGH 07.09.2011, 2008/08/0229.

¹⁰⁴⁰ VwGH 10.10.2018, Ra 2018/08/0189.

¹⁰⁴¹ Ebenda.

¹⁰⁴² VwGH 20.10.1999, 94/08/0092.

¹⁰⁴³ Ebenda.

Beschwerdeführerin auf Anrechnung ihres zuletzt voll erhaltenen Entgelts bei der Berechnung des Überweisungsbetrags versagt wurde.

Ein zusätzlicher Bereich, in dem der VwGH die Vornahme rechtlicher Analogieschlüsse nicht scheut, ist das Recht der öffentlichen Bediensteten. So hatte der VwGH in einem einschlägigen Fall über den Verfall von Urlaubsansprüchen eines Beamten zu entscheiden, der „infolge Krankheit an der Inanspruchnahme von Erholungsurlaub gehindert war“¹⁰⁴⁴. Die einschlägigen Bestimmungen des Beamtendienstrechtsgesetzes 1979 (BDG 1979) legten, ihrem Wortlaut gemäß, keinen Aufschub der Verfallsfrist für einen solchen Fall fest. Der VwGH wandte dennoch die Vorschrift des § 69 BDG 1979 analog auf den beschwerdegegenständlichen Sachverhalt an. Begründend führte er aus, dass „die immanente Teleologie [...] des § 69 BDG 1979 [...] dem Urteil des EuGH Schultz-Hoff Rechnung [trägt]“¹⁰⁴⁵. Darüber hinaus unterstrich er, dass „auch nach der Systematik des innerstaatlichen Rechts [...] eine Analogie nahe[liegt]“¹⁰⁴⁶, weshalb die Anwendung eines Analogieschlusses geboten war.

Im Bereich der Leistungsverwaltung zeigt sich sohin, dass der VwGH eine gewisse Offenheit für die Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse an den Tag legt. Zwar wird diese Einstellung durch einzelne prinzipienwidrige Erkenntnisse relativiert, insgesamt lässt sich jedoch ein Trend in Richtung größerer Empfänglichkeit für rein pragmatische Auslegungsvarianten beobachten.

E. Verfahrensrecht

Auch das Verwaltungsverfahrenrecht ist ein Rechtsgebiet, in dessen Vorschriften der VwGH rechtliche Analogien angewendet hat. Der formale Charakter des Verwaltungsverfahrenrechts und dessen Zweck, das Handeln und die Entscheidungsfindung der Verwaltung ausdrücklich zu regeln und vorhersehbar zu machen, lassen zunächst eine restriktive Grundeinstellung des VwGH gegenüber Analogien vermuten.

So hatte der VwGH in einem Fall über die behördliche Zuständigkeit hinsichtlich der Erlassung eines Feststellungsbescheides gemäß § 3 Abs 7

¹⁰⁴⁴ VwGH 04.09.2014, Ro 2014/12/0008.

¹⁰⁴⁵ VwGH 04.09.2014, Ro 2014/12/0008.

¹⁰⁴⁶ Ebenda.

Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 zu entscheiden. Dabei stellte sich die Frage, ob die vorhandenen Zuständigkeitsregelungen hinreichend präzise auf ein bundeslandübergreifendes Windpark- und Anschlussleitungsprojekt anwendbar sind. Im Vorverfahren hatte das Bundesverwaltungsgericht den § 4 Abs 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz analog angewendet. Der VwGH äußerte sich jedoch dahingehend, dass „die Regelung der Zuständigkeit, auch der örtlichen, [...] einer präzisen gesetzlichen Regelung [bedarf]. Ehe Rechtslücken angenommen werden und – an sich zulässige [...] Analogien angewandt werden, ist zu prüfen, ob nicht ohnedies eine hinreichend präzise, ausdrückliche gesetzliche Regelung vorhanden ist“¹⁰⁴⁷.

Dieser eher restriktiven Haltung stehen jedoch zahlreiche Gegenbeispiele einer tatsächlich vorgenommenen analogen Rechtsanwendung im Bereich des Verwaltungsverfahrensrecht gegenüber.¹⁰⁴⁸ Eine analogiefreundliche Rechtsprechung scheint im Sinne der sogenannten „dienenden Funktion“¹⁰⁴⁹ des Verwaltungsverfahrensrechts auch erwartbar. So entschied der VwGH etwa, dass der damalige § 26 Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) hinsichtlich der Umbestellung eines Verfahrenshelfers eine Rechtslücke enthalte, weil es an einer genauen Festlegung des Fristenlaufs fehlte. Der Gerichtshof wandte daher den für die erstmalige Bestellung eines Verfahrenshelfers einschlägigen § 26 Abs 1 VwGG analog an und befand: „Der hier zu ziehende Analogieschluß [sic!] führt zu dem Ergebnis, daß [sic!] auch im Fall der Umbestellung dem neu bestellten Verfahrenshelfer zur Abfassung der Beschwerde die volle Frist des § 26 Abs. 1 VwGG gewahrt zu bleiben hat.“¹⁰⁵⁰

Zur Zeit der Umsetzung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wandte der VwGH in einer Reihe von Fällen den § 4 Abs 5 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz 2013 (VwGbk-ÜG 2013) analog an. Der Gesetzgeber hatte es unterlassen, ausdrücklich zu regeln, wie in jenen Fällen zu verfahren sei, in denen gegen einen Bescheid einer unabhängigen Verwaltungsbehörde eine Beschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG

¹⁰⁴⁷ VwGH 29.03.2017, Ro 2015/05/0022.

¹⁰⁴⁸ Im Bereich des Gerichtsgebührenrechtes siehe VwGH 28.06.2011, 2011/17/0113.

¹⁰⁴⁹ *Wolff*, Die dienende Funktion der Verfahrensrechte - eine dogmatische Figur mit Aussagekraft und Entwicklungspotential, in FS Scholz (2007) 977 (984), verweist überdies auf die besondere „Kodifikationsabhängigkeit“ des Verfahrensrechts. Das bedeutet seiner Meinung zufolge, dass „die Einhaltung bestimmter Verfahrensstandards, die nicht ausdrücklich formuliert sind, rechtlich geboten sein sollte, da das Verfahrensrecht in besonderer Weise auf eine gesetzliche Ausgestaltung angewiesen ist.“

¹⁰⁵⁰ VwGH 13.12.1991, 91/18/0010; Siehe auch bei VwGH 27.03.1998, 98/21/0066; 24.02.1997, 96/17/0305; 24.05.1995, 95/03/0086.

erhoben wurde und diese, nach Inkrafttreten des VwGbk-ÜG 2013, an den VwGH abgetreten wurde. Der VwGH befand, dass jene Lücke „durch die sinngemäße Anwendung des - für ‚Übergangsfälle‘ allgemein geltenden - § 4 VwGbk-ÜG 2013 zu schließen“ sei, und dass die „abgetretene Beschwerde [...] daher als Revision“¹⁰⁵¹ zu behandeln sei.

In einer weiteren Reihe von Entscheidungen legte der VwGH die den Aufwandersatz regelnde Bestimmung des § 47 Abs 5 VwGG analog aus. Nach dieser Bestimmung fällt die Leistung des Aufwandersatzes jenem Rechtsträger zu, in dessen Namen die belangte Behörde gehandelt hat. Bei der vergaberechtlichen Nachprüfung durch ein Verwaltungsgericht „liegt“, so der VwGH, „ein derartiges Handeln einer Behörde nicht vor“¹⁰⁵², sodass eine Lücke entsteht. Zudem könne „dem Gesetzgeber des VwGG nicht unterstellt werden [...], er wollte für diese Fälle von einem Aufwandersatz nach den §§ 47 ff leg. cit. absehen“¹⁰⁵³. Deshalb sei „diese Lücke dahingehend zu schließen, dass der Kostenersatz von jenem Rechtsträger zu tragen ist, in dessen Namen das Verwaltungsgericht in der Beschwerdesache gehandelt hat“¹⁰⁵⁴.

Interessant ist auch die Rechtsprechung des VwGH zur analogen Anwendung bürgerlich-rechtlicher Verjährungsvorschriften. Bis in die frühen 2010er Jahre¹⁰⁵⁵ vertrat der VwGH im Grundsatz die Ansicht, „dass bei Fehlen ausdrücklicher Verjährungsbestimmungen eine planwidrige Lücke der gesetzlichen Regelungen in Ansehung von Verjährung nicht vorliegt“¹⁰⁵⁶. Die neuere Rechtsprechung erkennt dieses grundsätzliche Verbot zwar an,¹⁰⁵⁷ schwächt es jedoch ab. So gilt nach Ansicht des VwGH, dass „in Vorschriften des öffentlichen Rechts Verjährungsbestimmungen ausdrücklich aufgenommen [sind], [und] bei

¹⁰⁵¹ VwGH 25.04.2014, Ro 2014/10/0029; Siehe auch bei VwGH 09.05.2014, Ro 2014/17/0052; 29.04.2014 Ro 2014/04/0040.

¹⁰⁵² VwGH 27.10.2014, Ra 2014/04/0022; Siehe auch bei VwGH 09.01.2018, Ra 2016/04/0088; 29.01.2018, Ra 2016/04/0090.

¹⁰⁵³ Ebenda.

¹⁰⁵⁴ Ebenda.

¹⁰⁵⁵ Auch hierzu können widersprüchliche Erkenntnisse gefunden werden. Siehe etwa VwGH 02.02.1959, 1994/55.

¹⁰⁵⁶ VwGH 27.01.2009, 2005/11/0138; Siehe auch bei VwGH 20.05.2009, 2007/07/0119; 09.10.2008, 2008/11/0101.

¹⁰⁵⁷ VwGH 13.11.2013, 2011/08/0214: „Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass im Bereich des öffentlichen Rechts die Verjährungsbestimmungen des bürgerlichen Rechts weder unmittelbar noch analog anzuwenden sind. Bei Fehlen ausdrücklicher Verjährungsbestimmungen liegt eine planwidrige Lücke der gesetzlichen Regelungen in Ansehung von Verjährung nicht vor [...]“.

Bedachtnahme auf § 7 ABGB ergänzungsweise auch auf die Verjährungsvorschriften des ABGB gegriffen werden [darf]“¹⁰⁵⁸.

Einen weiteren Grund für die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses sah der VwGH im Zuge der Auslegung des Auskunftspflichtgesetzes. Fraglich war, ob die Finanzmarktaufsicht (FMA), die durch das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz als „Anstalt des öffentlichen Rechts“ eingerichtet wurde, den Bestimmungen des Auskunftspflichtgesetzes unterliegt. Der VwGH stellte fest, dass „wenn der einfache (hier:) Bundesgesetzgeber erkannt hätte, dass er auch für die beliehenen und die sonstigen Körperschaften öffentlichen Rechts eine Regelung zu treffen gehabt hätte, er von dieser (durch Analogie anzunehmenden) Kompetenz auch Gebrauch gemacht und, da Art. 20 Abs 4 B-VG die größtmögliche Einheitlichkeit der Vorschrift über die Auskunftspflicht zum Ziel hat, für diese die gleichen Regelungen getroffen hätte“¹⁰⁵⁹. Der Gerichtshof sah sich daher darin bestärkt zu entscheiden, „dass die Regelungen des Auskunftspflichtgesetzes (des Bundes) jedenfalls (zumindest durch Analogie) auf Auskunftsbegehren, die an die FMA gerichtet werden, anzuwenden sind“¹⁰⁶⁰. In einem neueren Erkenntnis wandte der VwGH diese Argumentationsweise zudem auf die Anwendung des Auskunftspflichtgesetzes in Bezug auf das verwaltungsbehördliche Handeln des Umweltbundesamtes an.¹⁰⁶¹

Insgesamt lässt sich anhand dieser Beispiele also eine gewisse situationsbezogene Flexibilität des VwGH in verfahrensrechtlichen Bereich erkennen. Diese Haltung ermöglicht es ihm auf konkrete Fälle angemessen einzugehen und dabei den festgestellten gesetzgeberischen Willen zur Geltung zu bringen.

F. Zusammenfassung und Bewertung

Das voranstehende Kapitel untersuchte die analogiebezogene Rechtsprechung des VwGH im Kontext der Einteilung des Verwaltungsrechts in Eingriffs- und Leistungsverwaltungsrecht. Es wurde geprüft, ob und inwieweit der VwGH in diesem Zusammenhang bei der Zulässigkeit von Analogieschlüssen unterschiedliche Maßstäbe anlegt.

¹⁰⁵⁸ VwGH 13.11.2013, 2011/08/0214; Siehe auch bei VwGH 24.10.2017, Ra 2017/10/0143; 20.03.2014, Ro 2014/08/0044.

¹⁰⁵⁹ VwGH 27.02.2009, 2008/17/0151; Siehe auch bei VwGH 28.03.2014, 2014/02/0006.

¹⁰⁶⁰ Ebenda.

¹⁰⁶¹ Vgl 24.05.2018, Ro 2017/07/0026.

Einleitend wurde dargelegt, dass der VwGH zwar grundsätzlich die Gleichrangigkeit aller Auslegungsmethoden betont, sich in einigen Entscheidungen dennoch für eine vorrangige Bedeutung des Gesetzeswortlauts ausspricht. Er begründet jenen Vorrang explizit mit Verweis auf die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, der demokratischen Legitimation und des positivrechtlich verankerten Legalitätsprinzips.

Zunächst wurde der besonders eingriffsintensive Teilbereich des Verwaltungsstrafrechts untersucht. Hierbei wurde bestätigt, dass der VwGH eine grundsätzliche Geltung des aus dem Prinzip *nulla poena sine lege* ableitbaren Analogieverbots für das Verwaltungsstrafrecht annimmt. Das Analogieverbot ist für den VwGH aber bloß in Fällen einer für den Beschuldigten nachteiligen Anwendung einer rechtlichen Analogie, also in *malam partem*, einschlägig. Der VwGH betont demnach die Notwendigkeit, die semantischen Bedeutungen verwaltungsstrafrechtlicher Bestimmungen streng zu beachten und keine ergänzende Interpretation vorzunehmen.

Auch zeigt der VwGH eine restriktive Haltung gegenüber rechtlichen Analogieschlüssen bei der Auslegung eingriffsintensiver Vorschriften. Fälle wie jener zum Zahnärztegesetz illustrieren, dass er den Analogieschluss hier meist ausschließt, sofern keine klar erkennbare Regelungslücke vorliegt. Während er beispielsweise im Abgabenrecht belastende Analogieanwendungen überwiegend ablehnt, lassen sich dennoch Einzelfallentscheidungen finden, in denen eine analoge Auslegung - insbesondere zugunsten betroffener Parteien oder zur Wahrung der Gleichmäßigkeit - akzeptiert wird. Insgesamt ist die Zahl dieser Ausnahmen jedoch gering, was die generell restriktive Haltung des VwGH gegenüber Analogien in Bereichen mit hohem Eingriffsgehalt unterstreicht.

Der VwGH zeigt sich hingegen im Bereich der Leistungsverwaltung, insbesondere bei Sozial- und Sozialversicherungsleistungen sowie im Dienstrecht, offener gegenüber dem rechtlichen Analogieschluss. Dabei nimmt er fallweise auch rechtliche Analogien in Kauf, die für die betroffenen Rechtsunterworfenen eine nachteilige Rechtswirkung entfalten. Insgesamt ist daher eine größere Offenheit gegenüber pragmatischen Auslegungsvarianten im Bereich der Leistungsverwaltung erkennbar, auch wenn der VwGH in vielen Fällen die analoge Anwendung aufgrund fehlender Voraussetzungen ablehnt.

Auch im Verwaltungsverfahrensrecht zeigt der VwGH eine größere situationsbezogene Flexibilität bei der Anwendung rechtlicher Analogieschlüsse als in eingriffsintensiven

Bereichen. Während er zwar rechtliche Analogien im formalisierten Gerichtsgebührenrecht ablehnt, lässt er sie in anderen Bereichen zu, um verfahrensökonomische Prinzipien zu wahren. Beispiele hierfür sind die analoge Anwendung von Vorschriften zur Umbestellung von Verfahrenshelfern, Übergangsregelungen im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 sowie Bestimmungen zum Aufwandsatz im Vergaberecht. Ebenso bejaht der VwGH zunehmend die Übernahme bürgerlich-rechtlicher Verjährungsvorschriften im Verwaltungsrecht und erstreckt das Auskunftspflichtgesetz analog auf Einrichtungen wie die FMA und das Umweltbundesamt. Trotz punktueller Zurückhaltung bekräftigen diese Fälle eine differenzierte Herangehensweise, die den pragmatischen Bedürfnissen des Verfahrensrechts gerecht werden sollen.

Im Ergebnis wird die These einer *kontextuell zu relativierenden Vermutung zugunsten der semantikkonformen Auslegung* im Verwaltungsrecht durch die Rechtsprechung des VwGH bestätigt. Der VwGH bekennt sich ausdrücklich und tatkräftig zu einer Hermeneutik der Rechtssicherheit. Er wendet wortlautüberschreitende Auslegungsmethoden bei besonders eingriffsintensiven Bestimmungen restriktiv an und verbietet sie im Verwaltungsstrafrecht sogar ausdrücklich. In leistungsbezogenen Rechtsgebieten und teilweise im Verfahrensrecht zeigt der VwGH einen analogiefreundlicheren Zugang. Gleichwohl bleiben der Grundsatz der Auslegungsstrenge, die Zweifelsregel sowie hohe Anforderungen an die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer rechtlichen Analogie stets im methodischen Blickfeld.

IX. Resümee

Diese Arbeit hatte sich die Beantwortung der folgenden Fragen vorgenommen:

1. Wie wird der Begriff der rechtlichen Analogie in der rechtsmethodischen Literatur verwendet, und wie sollte dieser im Licht einer plausiblen Auslegungstheorie verwendet werden?
2. Ist die Anwendung des rechtlichen Analogieschlusses innerhalb des Verwaltungsrechts besonderen methodischen Voraussetzungen unterworfen?
3. Welche begrifflichen Kriterien des rechtlichen Analogieschlusses liegen der Rechtsprechung des VwGH zugrunde?
4. Welche methodischen Anforderungen stellt der VwGH an die Bildung rechtlicher Analogieschlüsse, insbesondere in verschiedenen Bereichen des Verwaltungsrechts?

An dieser Stelle werden die gewonnenen Erkenntnisse nun knapp anhand der Beantwortung der Fragestellungen zusammengefasst.

Wie wird der Begriff der rechtlichen Analogie in der rechtsmethodischen Literatur verwendet, und wie sollte dieser im Licht einer plausiblen Auslegungstheorie verwendet werden?

Im rechtstheoretischen Diskurs haben unterschiedliche Ansätze unter den Begriffen der Rechtslücke und des juristischen Analogieschlusses ein „Zuhause“ gefunden. Weitgehend Einigkeit herrscht zumindest darüber, dass die rechtliche Analogie als eine wortsinnüberschreitende Anwendung rechtlicher Normen zu verstehen ist, deren Zweck in der Schließung von Rechtslücken liegt. Die meisten Lückenbegriffe lassen sich mit Wiederin überdies als zweistellige Relationsbegriffe beschreiben, die sich je nach den gewählten Vergleichsgrößen voneinander unterscheiden:

Regelungslücken verweisen auf die Inkongruenz eines rechtlichen Systems mit einem außerrechtlichen Normenkomplex. Technische Lücken beziehen sich auf verschiedene Arten der Unbestimmtheit rechtlicher Normen. Semantische Lücken zeigen eine Differenz zwischen dem gesetzgeberischen Willen und seinem wörtlichen Ausdruck auf.

Bei Regelungslücken führt die analoge Schließung zu einer normativen Ergänzung der positiven Rechtsordnung. Bei technischen Lücken erfolgt durch die rechtliche Analogie eine

Konkretisierung unbestimmter Rechtsnormen. Bei der interpretativen Füllung semantischer Lücken wird schließlich der vollständige gesetzgeberische Willensinhalt ermittelt.

Aus einer kommunikationstheoretisch fundierten Auslegungsperspektive ergibt sich, dass der rechtliche Analogieschluss vor allem dann als Bestandteil der juristischen Methodenlehre zu befürworten ist, wenn er sich als interpretative Methode einsetzen lässt. Am ehesten entsprechen dieser methodischen Vorgabe die Begriffe der semantischen Lücke und der rechtlichen Analogie in Anwendung auf solche Lücken.

Ist die Anwendung des rechtlichen Analogieschlusses innerhalb des Verwaltungsrechts besonderen methodischen Voraussetzungen unterworfen?

Die Anwendung des rechtlichen Analogieschlusses im Verwaltungsrecht ist besonderen methodischen Voraussetzungen unterworfen, da das Verwaltungsrecht stark von rechtsstaatlichen Prinzipien wie sprachlicher Klarheit, Vorhersehbarkeit und einer vertrauensschutzorientierten Publizitätsfunktion geprägt ist. Für diese Sichtweise spricht, neben konkreten positivrechtlichen Überlegungen, vor allem eine funktionsbezogene Betrachtung des Verwaltungsrechts. Eine solche legt nahe, dass das Verwaltungsrecht, wie von Öhlinger betont wird, unter der hermeneutischen Grundnorm der Rechtssicherheit zu interpretieren ist. Von den Gesetzgebern moderner Rechtsstaaten ist zu erwarten, dass sie die ihnen zur Verfügung stehenden Kommunikationsmittel im Verwaltungsrecht möglichst effizient verwenden. Sie sollen dadurch eindeutige Grenzen zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Verwaltungshandeln schaffen.

Die semantischen Bedeutungen natürlicher Sprachen sind durch ihre vertrauensschützende Funktion besonders gut geeignet, um eine klare und transparente rechtliche Kommunikation sicherzustellen. Auf Basis rechtssicherheitsbezogener Vorüberlegungen kann der semantikkonformen Interpretation daher im Verwaltungsrecht ein gewisser Vorrang zugeschrieben werden. Es besteht sohin eine Vermutung zugunsten des Wortsinnes einer verwaltungsrechtlichen Vorschrift. Semantischen Indizien kommt daher ein besonderes evidenzielles Gewicht bei der rechtlichen Interpretation zu.

Insbesondere im Eingriffsrecht, das verwaltungsbezogene Maßnahmen mit rechtseingreifender und belastender Wirkung erlaubt, ist eine strenge Bindung an den Wortsinn naheliegend, da diesem ein dringendes rechtsstaatliches Schutzbedürfnis unterliegt. Von den Gesetzgebern moderner Rechtsstaaten kann daher erwartet werden, dass

diese im Bereich des Eingriffsrechtes darauf achten, ihren Willen innerhalb der verwendeten semantischen Bedeutungen zu kommunizieren.

Dem Leistungsrecht untersteht, anders als dem Eingriffsrecht, kein erhöhtes rechtsstaatliches Schutzbedürfnis. Um dem Ziel der effektiven Kommunikation gerecht zu werden, kann dem Gesetzgeber in diesem Bereich zugesonnen werden, dass dieser sich einer möglichst effizienten Kombination aus pragmatischen und semantischen Kommunikationsmitteln bedient.

Gänzlich darf die wichtige sprachökonomische Funktion pragmatischer Kriterien niemals außer Acht gelassen werden. Überzeugende pragmatische Indizien können auch in eingriffsintensiven Materien, wie dem Verwaltungsstrafrecht, situationsabhängig von Bedeutung sein.

Es ergibt sich sohin ein differenziertes Bild der Gewichtung von Semantik und Pragmatik im Verwaltungsrecht. Die Interpretation des Eingriffsrechtes kann mit einer starken Erwartung einer die semantischen Bedeutungen besonders beachtenden rechtlichen Kommunikation einhergehen, während die Interpretation des Leistungsrechtes eine ausgewogenere Berücksichtigung pragmatischer Aspekte der Kommunikation bedingt. Insgesamt wird die Interpretation des Verwaltungsrechts daher von einer *kontextuell zu relativierenden Vermutung zugunsten der semantikkonformen Auslegung* getragen.

Welche begrifflichen Kriterien des rechtlichen Analogieschlusses liegen der Rechtsprechung des VwGH zugrunde?

In der Rechtsprechung des VwGH lassen sich zwei zentrale begriffliche Kriterien des rechtlichen Analogieschlusses identifizieren: die Überschreitung des Wortlauts und das Vorliegen einer Rechtslücke. Zusätzlich erwähnt der VwGH auch die Voraussetzung der relevanten Ähnlichkeit. Vorrangig aber betrachtet der VwGH die rechtliche Analogie als Methode zur Ermittlung des Inhaltes des gesetzgeberischen Willens.

Der Begriff der Rechtslücke wird dabei uneinheitlich verwendet. Neben wertungsjurisprudenziellen Aspekten rezipiert der VwGH vielfach auch Lehrmeinungen zur technischen Lücke. Im erstgenannten Sinn verweist er häufig auf die „immanente Teleologie des Gesetzes“, die eine analoge Ergänzung erfordert, im letztgenannten Sinn erörtert er das Fehlen der Bestimmtheit oder Vollziehbarkeit einer Rechtsnorm.

Nicht zuletzt weist ein erheblicher Teil der Rechtsprechung des VwGH Parallelen zum Begriff der semantischen Lücke auf. Der VwGH verwendet die rechtliche Analogie vielfach als Instrument, um das gesamte, über den Wortsinn hinausgehende inhaltliche Spektrum einer Rechtsnorm zu erkennen. Entsprechend betont er regelmäßig, dass ihre Anwendung der Ermittlung des gesamten Inhalts eines gesetzgeberischen Willensaktes dient. Dies entspricht dem methodischen Zweck des Begriffes der semantischen Lücke.

Welchen methodischen Voraussetzungen unterwirft der VwGH die Bildung rechtlicher Analogieschlüsse, insbesondere in verschiedenen Bereichen des Verwaltungsrechts?

Der VwGH unterwirft die Bildung rechtlicher Analogieschlüsse einer Reihe unterschiedlicher methodischer Voraussetzungen. Der Grundsatz der Auslegungstreue kann als zentrale Maxime des VwGH bei der Zulässigkeitsbewertung rechtlicher Analogieschlüsse hervorgehoben werden. Dieser besagt, dass die Existenz einer Rechtslücke im Verwaltungsrecht im Zweifel nicht angenommen werden darf. Dementsprechend gilt für den Bereich des Verwaltungsrechts eine grundsätzliche Vermutung gegen die Anwendung eines rechtlichen Analogieschlusses, ein Abweichen vom ausdrücklichen Gesetzeswortlaut ist nur unter Einhaltung hoher Beweisanforderungen zulässig. Es muss eindeutig feststehen, dass der Gesetzgeber eine weitergehende Regelung beabsichtige, als dies in den publizierten semantischen Bedeutungen zum Ausdruck kommt.

Der VwGH zieht bei der Bewertung der Zulässigkeit rechtlicher Analogieschlüsse systematische, teleologische und historische Interpretationskriterien heran. Im Rahmen der systematischen Prüfung stehen vor allem Fragen nach der Verfassungs- und Gleichheitskonformität einer Bestimmung im Vordergrund. Zwar ist dem VwGH bewusst, dass ihm nicht die Kompetenz zur verbindlichen Überprüfung der Verfassungskonformität einer Norm zukommt, eklatante verfassungs- oder gleichheitsbezogene Widersprüche wertet er jedoch als Indiz für einen gesetzgeberischen Willen, der im Gesetzeswortlaut keinen Ausdruck gefunden hat.

Im Zusammenhang mit der teleologischen Prüfung der Zulässigkeit einer rechtlichen Analogie prüft der VwGH, ob der normative Zweck einer Regel erkennbar über den ausdrücklich geregelten Tatbestand hinausreicht. Historische Gesichtspunkte dienen ihm dazu, den Gesetzgebungskontext zu rekonstruieren und daraus Rückschlüsse auf den Inhalt

des gesetzgeberischen Willens zu ziehen. Eine zentrale Evidenzkategorie bilden dabei die Gesetzesmaterialien. Nach Auffassung des VwGH müssen diese und andere historische Indizien mit hinreichender Deutlichkeit belegen, dass der semantische Gehalt einer Rechtsvorschrift verkürzt ist.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer rechtlichen Analogie berücksichtigt der VwGH zudem die rechtsgebietsbezogene Funktion einer Bestimmung. Dies zeigt sich besonders in seiner konsequenten Verteidigung des Analogieverbots *in malam partem* im Verwaltungsstrafrecht. Hier gebietet das Rechtsstaatsprinzip eine striktere Wahrung der Vertrauensschutzfunktion semantischer Bedeutungen, um den Rechtsunterworfenen hinreichende Klarheit und Vorhersehbarkeit über mögliche Folgen ihres Handelns zu gewährleisten. Eine restriktive Haltung nimmt der VwGH auch gegenüber der analogen Anwendung anderer eingriffsintensiver Bestimmungen ein: Für verwaltungsrechtliche Vorschriften, die substantielle Beschränkungen individueller Rechte vorsehen, gilt ein erhöhtes Beweismaß.

Demgegenüber zeigt sich der VwGH im Leistungsrecht und im Verwaltungsverfahrenrecht eher einem pragmatischeren Ansatz zugeneigt. Hier wendet er fallweise auch für Rechtsunterworfenen nachteilige Analogien *in malam partem* an. Offenbar geht der VwGH in diesen Bereichen davon aus, dass der Gesetzgeber, angesichts eines weniger streng geltenden Rechtsstaatsprinzips, seine Kommunikation nicht zwingend auf die publizierten semantischen Bedeutungen beschränkt. Vielmehr rechnet er ihm zu, über die Wahrnehmung pragmatischer Indizien ein breiteres Spektrum kommunikativer Mittel einzusetzen.

Literaturverzeichnis

A

- Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987).
- Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts (2009).
- Alchourron/Bulygin*, Normative Systeme (1971).
- Alexander*, In Defense of the Standard Picture: The Basic Challenge, *Ratio Juris* 34 (2021) 187.
- Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (1983).
- Alexy*, Theorie der Grundrechte (1985).
- Alexy*, On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris* 13 (2000) 294.
- Alexy*, The Dual Nature of Law, *Ratio Juris* 23 (2010) 167.
- Alexy/Dreier*, Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany, in MacCormick/Summers (Hrsg), *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (1991) 73.
- Allott*, Key Terms in Pragmatics (2010).
- Allott/Shær*, Inference and intention in legal interpretation, in Giltrow/Stein (Hrsg), *The Pragmatic Turn in Law* (2017) 83.
- Allott/Shær*, Legal Speech and the Elements of Adjudication, in Slocum (Hrsg), *The Nature of Legal Interpretation: What Jurists can learn about Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy* (2017) 191.
- Alvarez*, Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation, in Zalta (Hrsg), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017)
<<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/reasons-just-vs-expl/>>.
- Antoniolli*, Probleme um das Legalitätsprinzip: Vortrag gehalten vor der Niederösterreichischen Juristischen Gesellschaft am 10.Dezember 1973 in St. Pölten, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft (1974) 1.
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986).
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996).
- Aristoteles*, Nikomachische Ethik, in Rolfes (Übersetzer) (1921)
<<https://www.textlog.de/aristoteles-ethik.html>>.

Aristoteles, Rhetoric, in Freese (Übersetzer), Aristotle in 23 Volumes, Vol. 22 (1926)
<<https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0060>>.

Aristoteles, Politics, in Rackham (Übersetzer), Aristotle in 23 Volumes, Vol. 21 (1944)
<<https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0058%3Abook%3D1%3Asection%3D1253a>>.

Ashworth/D'Ettore, Medieval Theories of Analogy, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2021) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/analogy-medieval/>>.

Askeland, The potential of Abductive Legal Reasoning, *Ratio Juris* 33 (2020) 66.

Audi, The Scope of Intention: Action, Conduct, and Responsibility, *Royal Institute of Philosophy Supplement* (2017) 1.

Austin, How to do things with words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955 (1975).

B

Baade, The casus omissus: A Pre-History of Statutory Analogy, *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 20 (1994) 46.

Bach, You don't Say? *Synthese* 128 (2001) 15.

Bach, Context ex machina, in Szabo (Hrsg), *Semantics Versus Pragmatics* (2005) 15.

Bach, Communication, in Honderich (Hrsg), *The Oxford Companion to Philosophy*
<<https://www.oxfordreference.com.uaccess.univie.ac.at/view/10.1093/acref/9780199264797.001.0001/acref-9780199264797-e-435>> (Stand 2005).

Bach, Speech Acts and Pragmatics, in Devitt/Hanley (Hrsg), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Language* (2006) 147 (154).

Bach, On Referring and Not Referring, in Gundel/Hedberg (Hrsg), *Reference: Interdisciplinary Perspectives* (2008) 13.

Bach, Implicature vs. Explicature: What's the Difference? in Soria/Romero (Hrsg), *Explicit Communication: Robyn Carston's Pragmatics* (2010) 126.

Bach, Saying, Meaning, and Implicating, in Allan/Jaszczolt (Hrsg), *Cambridge Handbook of Pragmatics* (2012) 47.

Bach/Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts* (1982).

- Baker*, The Varieties of Normativity, in McPherson/Plunkett (Hrsg), The Routledge Handbook of Metaethics (2017) 567.
- Bartha*, Analogy and Analogical Reasoning, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/reasoning-analogy/>>.
- Bäcker*, Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens? Rechtstheorie 2009, 404.
- Bäcker*, Verfassungsanalogien - Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze der Verfassungsinterpretation, Der Staat 2021, 7.
- Beal/Logan*, Logic: The Basics² (2017).
- Beaucamp*, Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht, AöR 2009, 83.
- Beckermann*, Einführung in die Logik⁴ (2014).
- Berka*, Das „eingriffsnahe Gesetz“ und die grundrechtliche Interessenabwägung, in FS Walter (1991) 37.
- Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018).
- Berker*, The Deontic, the Evaluative, and the Fitting, in Rowland/Howard (Hrsg), Fittingness: Essays in the Philosophy of Normativity (2022) 23.
- Bermejo-Luque*, A Unitary Schema for Arguments by Analogy, Informal Logic 32 (2012) 1.
- Berteau*, The Dual Nature Thesis as a Cornerstone of Jurisprudence, The American Journal of Jurisprudence 67 (2022) 57.
- Bix*, Legal Interpretation and the Philosophy of Language, in Solan/Tiersma (Hrsg), The Oxford Handbook of Language and Law (2012) 146.
- Bix*, Reflections on Truth in Law, Cosmos + Taxis 8 (2020) 35.
- Blackburn*, ambiguity, in Blackburn (Hrsg) A Dictionary of Philosophy (2016) <<https://www.oxfordreference.com/uaccess.univie.ac.at/display/10.1093/acref/9780198735304.001.0001/acref-9780198735304-e-143?rskey=drRAm6&result=1>>.
- Blackburn*, analogy, in Blackburn (Hrsg) A Dictionary of Philosophy (2016) <<https://www.oxfordreference.com/uaccess.univie.ac.at/view/10.1093/acref/9780198735304.001.0001/acref9780198735304-e-152>>.
- Blackburn*, communication, in Blackburn (Hrsg), A Dictionary of Philosophy <<https://www.oxfordreference.com/uaccess.univie.ac.at/view/10.1093/acref/9780198735304.001.0001/acref-9780198735304-e-632>>.
- Boghossian*, Epistemic Rules, Journal of Philosophy 105 (2008) 472.

- Boghossian*, What is inference, *Philosophical Studies* 169 (2014) 1.
- Boghossian*, Rules, Norms and Principles: A Conceptual Framework, in Araszkievicz/Banas/Gizbert-Studnicki/Pleszka (Hrsg), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following* (2015) 3.
- Boghossian*, Delimiting the Boundaries of Inference, *Philosophical Issues* 28 (2018) 55.
- Boghossian*, Inference, Agency, and Responsibility, in Jackson/Jackson (Hrsg), *Reasoning: New Essays on Theoretical and Practical Thinking* (2019) 101.
- Borg*, Semantic Minimalism, in Cummings (Hrsg), *The Pragmatics Encyclopedia* (2009) 423.
- Borg*, Explanatory Roles for Minimal Content, *Nous* 53 (2019) 513.
- Borg*, What is it to be Responsible for What you Say? *Royal Institute of Philosophy Supplement* 95 (2024) 107.
- Borg/Connolly*, Exploring Linguistic Liability, in Lepore/Sosa (Hrsg), *Oxford Studies in Philosophy of Language Volume 2* (2022) 1.
- Borg/Fisher*, Semantic Content and Utterance Context, in Stalmaszczyk (Hrsg), *The Cambridge Handbook of the Philosophy of Language* (2021) 174.
- Braun*, Aspekte der Rechtsanwendung, *ARSP* 2019, 44.
- Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB): Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band I: Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900 (2014).
- Brewer*, Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy, *Harvard Law Review* 109 (1996) 923.
- Brewer*, Indefeasible analogical argument, in Kaptein/van der Velden (Hrsg), *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse* (2018) 33.
- Bublitz/Norrick*, Introduction, in Bublitz/Norrick (Hrsg), *Foundations of Pragmatics* (2011) 1.
- Bucher*, Einführung in die angewandte Logik (1987).
- Bumke*, Rechtsdogmatik, *JZ* 2014, 641.
- Bulygin*, Kelsen on the Completeness and Consistency of Law, in Bernal/Huerta et al (Hrsg), *Essays in Legal Philosophy* (2015) 337.
- Busse*, Juristische Fachsprache und öffentlicher Sprachgebrauch: Richterliche Bedeutungsdefinitionen und ihr Einfluß auf die Semantik politischer Begriffe, in Liedtke/Wengeler/Böke (Hrsg), *Begriffe besetzen: Strategien des Sprachgebrauchs in der Politik* (1991) 160.

F. Bydlinski, Gesetzeslücke: § 7 ABGB und die Reine Rechtslehre, in GS Gschnitzer (1969) 101

F. Bydlinski in Rummel, ABGB: 1. Band² (1990) § 7.

F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2011).

F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012).

P. Bydlinski, Einleitung. Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt. §§ 1-14, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) 1.

P. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre⁴ (2023).

C

Canale/Tuzet, Analogical reasoning and extensive Interpretation, in Kaptein/Velden, Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse (2018) 65.

Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem² (1983).

Cappelen/Lepore, A Tall Tale: In Defense of Semantic Minimalism and Speech Act Pluralism, Canadian Journal of Philosophy 34 (2004) 2.

Carston, the semantics/pragmatics distinction: a view from relevance theory, Linguistics 10 (1998) 85.

Carston, Thoughts and Utterances (2002).

Carston, Linguistic communication and the semantics/pragmatics distinction, Synthese 165 (2008) 321.

Carston, Legal Texts and Canons of Construction, in Freeman/Smith (Hrsg), Law and Language: Current Legal Issues Volume 15 (2013) 8.

Carston/Hall, Implicature and Explicature, in Schmid (Hrsg), Cognitive Pragmatics (2012) 47.

Chandler/Munday, communication, in Chandler/Munday (Hrsg), A Dictionary of Media and Communication
<https://www.oxfordreference.com.uaccess.univie.ac.at/view/10.1093/acref/9780198841838.001.0001/acref9780198841838-e-413> (Stand 2023).

Chalmers, Verbal Disputes, Philosophical Review 120 (2011) 515.

Coing, Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung 1952, 24.

Copp, Morality in a Natural World (2007).

D

Devitt, Overlooking Conventions (2021).

Dickson, Interpretation and Coherence in Legal Reasoning, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2016)
<<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-reas-interpret/>>.

Douven, Abduction, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2021),
<<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/abduction/>>.

Dworkin, The Model of Rules, The University of Chicago law review 35 (1967) 14.

Dworkin, Law's Empire (1986).

Dworkin, Justice for Hedgehogs (2013).

E

Eberhard, Die Bedeutung des Legalitätsprinzips im Wirtschaftsrecht, ZfV 2013, 727.

Ehrhardt/Heringer, Pragmatik (2011).

Ehrlich, Über Lücken im Recht, JBl 1888, 447.

Ekins, The Nature of Legislative Intent (2012).

Ekins, Objects of Interpretation, Constitutional Commentary 32 (2017) 1.

Ekins, Legislation as Reasoned Action, in Webber/Yowell et al (Hrsg), Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation (2018) 86.

Elze, Lücken im Gesetz (1916).

Endicott, Vagueness in Law (2000).

Endicott, Law and Language, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2022)
<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/law-language/>>.

Engisch, Der Begriff der Rechtslücke: Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre, in FS Sauer (1949) 85.

Engisch, Einführung in das juristische Denken² (1959).

Enoch, Giving Practical Reasons, Philosopher's Imprint 11 (2011) 1.

Enoch, Taking Morality Seriously: A Defense of Robust Realism (2011).

Enoch, Authority and Reason-Giving, Philosophy and Phenomenological Research 89 (2014) 296.

Erichsen/Martens, Das Verwaltungshandeln, in *Erichsen/Martens* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (1979) 119.

F

Finlay, Defining Normativity, in *Toh/Plunkett/Shapiro*, Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence (2019) 187.

Finnis, Law and What I Truly Should Decide, *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003) 107.

Finnis, Natural Law and Natural Rights² (2011).

Fish, The Intentionalist Thesis Once More, in *Huscroft/Miller* (Hrsg), The Challenge of Originalism (2011) 99.

Fisher, Metaethics: An Introduction (2011).

G

Gamper, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012).

Gamper, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenverbindung (2016).

Gardner, Some Types of Law, in *Edlin* (Hrsg), Common Law Theory (2007) 51.

Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts: Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates (1960).

Golser, Art 7 EMRK und die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung, *JB1* 2022, 549.

Grabau, Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation (1993).

Grabenwarter/Frank in *Grabenwarter /Frank* (Hrsg), B-VG: Bundesverfassungsgesetz und Grundrechte (Stand 2020) Art 49.

Greenawalt, Philosophy of Language, Linguistics, and Possible Lessons about Originalism, in *Slocum* (Hrsg), The Nature of Legal Interpretation: What Jurists can learn about Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy (2017) 46.

Greenberg, How Facts Make Law, in *Hershovitz* (Hrsg), Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin (2008) 225.

Grice, Studies in the Way of Words (1991).

Griller/ Potacs, Zur Unterscheidung von Pragmatik und Semantik in der juristischen Hermeneutik, in *Vetter/Potacs* (Hrsg), Beiträge zur juristischen Hermeneutik (1990) 66.

H

- Hage*, The Logic of Analogy in the Law, *Argumentation* 19 (2005) 401.
- Halpin*, Reasoning with Law (2001).
- Hamann*, Der „Sprachgebrauch“ im Waffenarsenal der Jurisprudenz: Die Rechtspraxis im Spiegel der quantitativ-empirischen Sprachforschung, in Vogel (Hrsg), *Zugänge zur Rechtssemantik* (2015) 184
- Hardy/Schamberger*, *Logik der Philosophie*² (2018).
- Harman*, Logic and Reasoning, *Synthese* 60 (1984) 107.
- Harris*, Intentionalism vs The New Conventionalism, *Croatian Journal of Philosophy* 16 (2016) 173.
- Harris*, Intention Recognition as the Mechanism of Human Communication, in Sullivan (Hrsg), *Sensations, Thoughts, Language: Essays in Honor of Brian Loar* (2019) 11.
- Harris/Fogal/Moss*, Speech Acts: The Contemporary Theoretical Landscape, in Fogal/Harris/Moss (Hrsg), *New Work on Speech Acts* (2018) 1.
- Hart*, The Concept of Law (2012).
- Härter*, Polizei, in Jaeger (Hrsg), *Enzyklopädie der Neuzeit Online* (2009) <<https://referenceworks.brill.com/display/entries/EDNO/COM-329341.xml>>.
- Hassemer*, Gesetzesbindung und Methodenlehre, *ZRP* 2007, 213.
- Heller*, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung (1961).
- Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht (2006).
- Holoubek*, Gedanken zur Auslegungslehre, in FS Mayer (2011) 139.
- Holoubek* in Korinek/Holoubek, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht* (2018) Art 7 Abs 1 Sätze 1 und 2.
- Holzinger*, Die Analogie und der Missbrauch, *taxlex* 2016, 284.
- Honsell*, *Römisches Recht*⁸ (2015).
- Honsell*, Die rhetorischen Wurzeln der juristischen Auslegung, *ZfPW* 2016, 105.
- Horn*, Towards a New Taxonomy for Pragmatic Inference: Q-based and R-based Implicature”, in Schiffrin (Hrsg), *Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics* 1984 (1984) 11.
- Höpfel*, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, *JB1* 1979, 505.

I

Iorio, Regel und Grund (2011).

Irresberger, Die Publikation von Rechtsvorschriften in Österreich, LeGes 2013, 141.

J

Jabloner, Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen, in Griller/Rill (Hrsg), Rechtstheorie. Rechtsbegriff - Dynamik - Auslegung (2011), 21.

Jabloner, Das „Denksporterkenntnis“ des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in Olechowski/Zeleny (Hrsg), Clemens Jabloner. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 47.

Jabloner, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in Olechowsky/Zeleny (Hrsg), Clemens Jabloner. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 61.

Jabloner, „Rechtskraft“ – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in Olechowsky/Zeleny (Hrsg), Clemens Jabloner. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 307.

Jabloner, Objektive Normativität: Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in Olechowski/Zeleny (Hrsg), Clemens Jabloner. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 337.

Jabloner, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, in Olechowski/Zeleny (Hrsg), Clemens Jabloner. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt: Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 129.

Jabloner, Sein und Sollen: Die „Wahrheit“ der Rechtswissenschaften, in Kautek/Neck/Schmidinger (Hrsg), Wahrheit in den Wissenschaften (2015), 137.

Jabloner, Die „Zusinnung“ an den Gesetzgeber: Interpretation oder Rechtsanwendung? ZÖR 2018, 459.

Jabloner, Erkennung und Entscheiden, in FS Neymayr (2023) 151.

Jakab, Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts: Eine Einführung für Fortgeschrittene (2021).

Jakl, Recht aus Freiheit: Die Gegenüberstellung der rechtstheoretischen Ansätze der Wertungsjurisprudenz und des Liberalismus mit der kritischen Rechtsphilosophie Kants (2009).

Jaszczolt/Allan, Introduction, in Jaszczolt/Allan (Hrsg), The Cambridge Handbook of Pragmatics (2012) 2.

Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie (1999).

Jestaedt, Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR 2000, 133.

Joerden, Logik und Recht, in Hilgendorf/Joerden (Hrsg), Handbuch Rechtsphilosophie (2021) 240.

K

Kahl, Verwaltung und Verwaltungsrecht, in Eberhard et al (Hrsg), 100 Jahre Republik. Kontinuität – Brüche – Kompromisse (2021) 121.

Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2017).

Kalidova, Juristische Rhetorik: Systematische, historische und interdisziplinäre Aspekte der forensischen Beredsamkeit, in Lerch (Hrsg): Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts (2011) 321.

Kaptein, Analogy and E Contrario, The Facts - Pet Issues of Perpetration, Damage and Damages, in Kloosterhuis/Plug/Smith (Hrsg), Legal argumentation and the rule of law (2016) 79.

Kehrer, Gesetzeskonforme Methodik (2013).

Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen (1979).

Kelsen, Reine Rechtslehre² (2017).

Kepa/Perry, Pragmatics, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2020) <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/pragmatics/>>.

Kerschner, Die lex lata Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? Gesetzesbindung und ABGB, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB Evolution einer Kodifikation (2012) 119.

Kerschner, Juristische Methodenlehre: Zur gesetzeskonformen Rechtsanwendung. Eine Streitschrift (2022).

Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang Kommentar³ (2014) §§ 6, 7.

- Kerschner/Kisch*, Zu den gesetzlichen Grenzen der Analogie - Über dem ABGB muss die Analogie wohl grenzenlos sein!, JAP 2022/2023, <<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LIjap20220404>>.
- Kerschner/Mayr*, Die Rangordnung der Interpretationsmethoden, JAP 2021/2022, <<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LIjap20210102Y>>.
- Kiesewetter*, The Normativity of Rationality (2017).
- Kietzmann*, Handeln aus Gründen als praktisches Schließen (2019).
- Kloosterhuis*, Analogy argumentation in law: A dialectical perspective, Artificial Intelligence and Law 8 (2000) 173.
- Kluck*, Der Wert der Vagheit (2014).
- Klug*, Juristische Logik (1951).
- Klug*, Rechtslücke und Rechtsgeltung, in FS Nipperdey (1965) 71.
- Kluxen/Remane*, Analogie, in Ritter (Hrsg), Historisches Wörterbuch der Philosophie (1971) <https://www.schwabeonline.ch/schwabexaveropp/elibrary/start.xav?start=%2F%2F*%5B@attr_id%3D%27hwph_productpage%27%5D#__elibrary__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27hwph_productpage%27%5D__1742809204278>.
- Knauff/Knoblich*, Logisches Denken, in Müsseler/Rieger (Hrsg), Allgemeine Psychologie (2017) 533.
- Kneihs*, Kundmachung, Geltung, Fehlerkalkül: Antrittsvorlesung, gehalten an der Paris Lodron Universität Salzburg am 15. November 2010 – erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung (2011).
- Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (Stand 2015) § 7.
- Kofler-Schlögl*, Grundrechte im Verwaltungsstrafrecht, in Raschauer/Wessely, Kommentar zum VStG – Verwaltungsstrafgesetz³ (2023).
- Korinek*, Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht, JBl 1991, 409.
- Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter (1991) 365.
- Koziol/Welser/Kletecka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts: Band I¹⁴ (2015).
- Köpcke*, Legal Validity (2020).
- Kramer*, Juristische Methodenlehre⁶ (2019).
- Krempelmeier*, Das Bestimmtheitsgebot als Determinierungs- und Deutlichkeitsgebot (2025).
- Krempelmeier*, Zwei Komponenten des Bestimmtheitsgebotes, JRP 2022, 316.

Krey, Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“ (1983).

Kroon/Voltolini, Fictional Entities, in Zalta/Nodelman (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2023) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/fictional-entities/>>.

Kügler, Methode/Methodologie, in Reinalter/Brenner (Hrsg), Lexikon der Geisteswissenschaften (2011) 548.

L

Lamond, Analogical Reasoning in the Common Law, Oxford Journal of Legal Studies 34 (2014) 567.

Lamond, Methodology, in Tasioulas (Hrsg), The Cambridge Companion to the Philosophy of Law (2020) 17.

Langhein, Das Prinzip der Analogie als juristische Methode: Ein Beitrag zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert (1992).

Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995).

Lemnitzer/Zinsmeister, Korpuslinguistik: eine Einführung³ (2015).

Lentner, Juristische Argumente und deren rationale Kritik, juridikum 2017, 196.

Levinson, Presumptive Meanings: The Theory of Generalized Conversational Implicature (2000).

Lewis, Convention: a philosophical study (1969).

Lewis, Languages and Language, in Lewis (Hrsg), Philosophical Papers Vol I (1983) 164.

Lewisch in Kneihls/Lienbacher, Rill/Schäffer Kommentar: Bundesverfassungsrecht (2006) Artikel 7 MRK.

Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, Verwaltungsstrafgesetz - VStG³ (2023) § 1.

Lienbacher, Hat der Wortlaut wirklich Vorrang? ZfV 2015, 194.

Littlejohn/Turri (Hrsg), Epistemic Norms: New Essays on Action, Belief, and Assertion (2014).

Lowe, A Survey of Metaphysics (2002).

M

- Macagno/Walton*, Argument from Analogy in Law, The Classical Tradition, and Recent Theories, *Philosophy & Rethoric* 42 (2009) 154.
- Macagno/Walton/Tindale*, Analogical Arguments: Inferential Structures and Defeasibility Conditions, *Argumentation* 31 (2017) 221.
- MacCormick*, Argumentation and Interpretation in Law, *Argumentation* 9 (1995) 467.
- MacCormick*, Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning (2005).
- Macfarlane*, What is Assertion, in Brown/Cappelen (Hrsg), *Assertion: New Philosophical Essays* (2011) 79 (91 ff).
- Marmor*, An Institutional Conception of Authority, *Philosophy & Public Affairs* 39 (2011) 238.
- Marmor*, Can the Law Imply More than it Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech, in Marmor/Soames (Hrsg), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (2011) 83.
- Marmor*, *Philosophy of Law* (2011).
- Marmor*, *The Language of Law* (2014).
- Marmor*, Varieties of Vagueness in the Law, in Bongiovanni/Postema et al (Hrsg), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation* (2018) 561.
- Marmor/Sarch*, The Nature of Law, in Zalta (Hrsg), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2019) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>>.
- Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*²⁰ (2020).
- Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*¹¹ (2015).
- McHugh/Way*, What is Reasoning, *Mind* 127 (2018) 167.
- McHugh/Way*, What is Good Reasoning, *Philosophy and Phenomenological Research* 96 (2018) 153.
- McPherson*, Against Quietist Normative Realism, *Philosophical Studies* 154 (2011) 223.
- McPherson*, Explaining Practical Normativity, *Topoi* 37 (2018) 621.
- McPherson/Plunkett*, The Fragmentation of Authoritative Normativity, in Shafer-Landau (Hrsg), *Oxford Studies in Metaethics*, Volume 19 (2024) 1.
- Merkel*, Zum Interpretationsproblem, in Mayer-Maly/Schambeck/Grussman (Hrsg), *Adolf Julius Merkel. Gesammelte Schriften: Erster Band: Grundlagen des Rechts* (1993) 63.

Merkel, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Mayer-Maly/Schambeck/Grussman (Hrsg), Adolf Julius Merkel, Gesammelte Schriften: Erster Band: Grundlagen des Rechts (1993) 85.

Merli, Die Zukunft der Verwaltung (2010).

Michaelson, Reference, in Zalta/Nodelman (Hrsg) The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2024) <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2024/entries/reference/>>.

Möllers, Juristische Methodenlehre (2017).

Muzak in Muzak (Hrsg), B-VG: Bundesverfassungsrecht⁶ (2020) Art 49.

N

Neale, This, That and the Other, in Bezuidenhout/Reimer (Hrsg), Descriptions and Beyond (2004) 68.

Neale, Silent Reference, in Ostertag (Hrsg), Meanings and Other Things (2016) 229.

Neale, Determinations of Meaning, in Lepore/Sosa (Hrsg), Oxford Studies in Philosophy of Language Volume 2 (2022) 25.

Novaes, Argument and Argumentation, in Zalta/Nodelman (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/argument/>>.

O

Oberndorfer/Wagner, Gesetzgeberisches Unterlassen als Problem verfassungsgerichtlicher Kontrolle, EuGRZ (2009) 433.

Oppy, Propositional Attitudes, in Routledge Encyclopedia of Philosophy (1998) <<https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/propositional-attitudes/v-1>>.

Öhlinger, Auslegung des öffentlichen Rechts, JBl 1971, 284.

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019).

P

Pacic, Methoden der Rechtsfindung im Arbeitsrecht (2013).

Parfit, On what Matters (2011).

Paulson, Hans Kelsen on legal interpretation, legal cognition, and legal science, Jurisprudence 10 (2019) 188.

- Peczenik*, On Law and Reason (1989).
- Perkuhn/Keibel/Kupietz*, Korpuslinguistik (2012).
- Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ (2022).
- Perry*, Two Models of Legal Principles, Iowa Law Review 82 (1997) 787.
- Pettigrew*, Epistemic Utility and the Normativity of Logic, Logos and Episteme 8 (2017) 455.
- Pitt*, Mental Representation, in Zalta (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/mental-representation/>>.
- Pojanowski*, Reevaluating Legal Theory, The Yale Law Journal 130 (2021) 1288.
- Pojanowski*, Recovering Classical Legal Constitutionalism: A Critique of Professor Vermeule's New Theory, Notre Dame Law Review 98 (2022) 403.
- Posnik/Konrath* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte (2021) Art. 49 B-VG.
- Potacs*, Auslegung im Öffentlichen Recht: Eine vergleichende Untersuchung der Auslegungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (1994).
- Potacs*, Rechtsdogmatik als empirische Wissenschaft, Rechtstheorie 1994, 191.
- Potacs*, Zur Auslegung belastender Verwaltungsvorschriften, in FS Rill (1995) 569.
- Potacs*, Auslegung und Legalitätsprinzip, ZfV 2015, 230.
- Potacs*, Die Interpretation des Staatsgrundgesetzes, in Merli/Pöschl/Wiederin (Hrsg), 150 Jahre Staatsgrundgesetz: über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (2018) 55.
- Potacs*, Umgehung im Wirtschaftsverwaltungsrecht, ÖZW 2018, 158.
- Potacs*, Rechtstheorie² (2019).
- Potacs*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, in Torggler/Kodek et al (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 63.
- Potacs*, Die Auslegung der Verfassung, in Bußjäger/Gamper/Kahl (Hrsg), 100 Jahre Bundesverfassungsgesetz: Verfassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext (2020) 109.
- Potacs*, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und juristische Methodik, in WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht (2020) 23.
- Potacs*, Objektive Rechtswissenschaft oder Reine Rechtslehre? ZöR 2024, 5.

Potacs, Rechtstheorie³ (2025).

Poscher, Theory of a Phantom: The Principles Theory's Futile Quest for its Object, in Dalla-Barba/Duarte (Hrsg), Alexy-Poscher Debate on Legal Principles (2025) 79.

Postema, Law's Autonomy and Public Practical Reason, in George (Hrsg), The Autonomy of Law (1999) 79.

Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

Preston, Artifact, in Zalt/Uri (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/artifact/>>.

Pritchard, Intellectual virtues and the epistemic value of truth, *Synthese* 198 (2001) 5515.

Pürgy, Verwaltung und parlamentarische Rechtsetzung (2020).

R

Raschauer, Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Wirtschaftsrecht, in Rill-FS (1995) 515.

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021) 5.

Raz, Legal Principles and the Limits of Law, *Yale Law Journal* 81 (1972) 823.

Raz, Practical Reason and Norms (1975).

Raz, The Authority of Law (1979).

Raz, On the Autonomy of Legal Reasoning, *Ratio Juris* 6 (1993) 1.

Rebhahn, Auslegung und Anwendung des Unionsrecht, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang Kommentar: §§ 1-43 ABGB, Methodenlehre und Personenrecht (2014) §§ 6, 7.

Recanati, Pragmatics, in Craig (Hrsg), Routledge Encyclopedia of Philosophy <<https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/pragmatics/v-1>> (Stand 2002).

Recanati, Literal Meaning (2004).

Reimer, Juristische Methodenlehre² (2020).

Reimer, Terminologizität und Relativität der Rechtsbegriffe *revisited*, in Vogel/Walter/Tripps (Hrsg.), Korpuslinguistik im Recht. Theoretische Überlegungen und Fallstudien (2022) 55.

Rescher, On Rules and Principles (2010).

Rill, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Wenger (1983) 57.

Rill, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, *ZfV* 1985, 461, 577.

- Rill*, Hermeneutik des kommunikationstheoretischen Ansatzes, in Vetter/Potacs (Hrsg), Beiträge zur juristischen Hermeneutik (1990) 53.
- Rill* in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2001) Artikel 18 B-VG.
- Rill*, Gesetzgebung im demokratischen Rechtsstaats, in Holoubek/Gutknecht et al (Hrsg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates: Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek (2002) 73 (74)
- Rill*, Grundlegende Fragen bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffs, in Griller/Rill (Hrsg), Rechtstheorie. Rechtsbegriff - Dynamik - Auslegung (2011), 1.
- Ringhofer*, Interpretation und Reine Rechtslehre: Gedanken zu einer Kritik, in FS Kelsen (1971) 198.
- Rosen*, Deferentialism and Adjudication, in Slocum (Hrsg), The Nature of Legal Interpretation: What Jurists can learn about Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy (2017) 241.
- Rüffler*, Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung? Überlegungen zur Begründung und den Grenzen des Analogieschlusses im Zivilrecht, JRP 2002, 60.
- Rüthers/Höpfner*, Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode, JZ 2005, 21.
- Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: und juristische Methodenlehre¹¹ (2020).

S

- Sahner*, Praxis, in Endruweit et al (Hrsg), Wörterbuch der Soziologie³ (2014) 364.
- Sailer*, Die lex-lata-Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? Der OGH und die Grenzen der Analogie, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, 200 Jahre ABGB Evolution einer Kodifikation: Rückblick-Ausblick-Methode (2012) 135.
- Savigny*, System des heutigen römischen Rechts: Erster Band (1840).
- M. Schauer* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON (Stand 2021) § 7.
- F. Schauer*, The Generality of Law, West Virginia Law Review 107 (2004) 217.
- Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich: Eine kritische Bestandsaufnahme (1971).
- Schäffer*, Kriterien juristischer Auslegung, in FS Rill (1995) 595.
- Schick*, Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in FS Walter (1991) 625.

- Schick*, Das Öffentliche Recht im Spiegel des Strafrechts, ZÖR 2010, 573.
- Schmid*, Die Auslegung der Grundrechtecharta, in Kahl/Raschauer/Storr (Hrsg), Grundsatzfragen der europäischen Grundrechtecharta (2013) 153.
- Schmidt*, Die Analogie im Verwaltungsrecht, VerwArch 2006, 139.
- Schmidt-Aßmann*, Besonderes Verwaltungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht: Zusammenwirken und Lerneffekte, in Schoch (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹⁵ (2013) 1.
- Scholz/Pelletier/Pullum/Nefdt*, Philosophy of Linguistics, in Zalta/Nodelman, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2024), <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2024/entries/linguistics/>>.
- Schreier*, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte (1927).
- Schröder*, Theorie der Gesetzesinterpretation im frühen 20. Jahrhundert: Vortrag gehalten am 19. Mai 2011 (2011).
- Schröder*, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500 - 1933)² (2012).
- Schröder*, Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit: Dem Andenken Hermann Ditchers (1927-1996) gewidmet, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2013, 1.
- Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip: Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen (2001).
- Scott-Phillips*, Speaking our Minds (2014).
- Scott-Phillips*, Language and Communication, in Zeigler-Hill/Welling et al (Hrsg), Evolutionary Perspectives on Social Psychology (2015) 279.
- Scott-Phillips*, Non-Human Primate Communication, Pragmatics, and the Origins of Language, Current Anthropology 56 (2015) 58.
- Searle*, Speech acts: An Essay in the Philosophy of Language (1969).
- Searle*, literal meaning, Erkenntnis 13 (1978) 207.
- Searle*, Making the Social World: The Structure of Human Civilization (2010).
- Searle*, What is Language: some preliminary remarks, in Tsohatzidis (Hrsg), John Searle's Philosophy of Language: Force, Meaning and Mind (2010) 15.
- Sennet*, Ambiguity, in Zalta/Nodelman (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2023) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/ambiguity/>>.

Shapiro, Legality (2011).

Sieckmann, Logik juristischer Argumentation (2020).

Simon, Was ist und wozu dient Gesetzgebung? Kodifikation und Steuerungsgesetzgebung: Zwei Grundfunktionen legislativer Normsetzung, in FS Brauner (2008) 635.

Simon, Öffentliches Recht, in Jaeger (Hrsg), Enzyklopädie der Neuzeit (2009)
<<https://referenceworks-brill-com.uaccess.univie.ac.at/display/entries/EDNO/COM-320265.xml>>.

Simon, Verwaltungsrecht, in Jaeger (Hrsg), Enzyklopädie der Neuzeit (2011)
<<https://referenceworks-brill-com.uaccess.univie.ac.at/display/entries/EDNO/COM-374068.xml>>.

Solum, Contractual Communication, Harvard Law Review Forum 133 (2019) 23.

Sorensen, Vagueness has no function in law, Legal Theory 7 (2001) 387.

Sorensen, Vagueness, in Zalta/Nodelman (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2023)
<<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/vagueness/>>.

Sperber, How do we communicate, in Brockman/Matson (Hrsg), How things are: A science toolkit for the mind (1995) 191.

Sperber/Wilson, Relevance² (1995).

Sperber/Wilson, Remarks on relevance theory and the social sciences, Multilingua 16 (1997) 145.

Steinberger, Consequence and Normative Guidance, Philosophy and Phenomenological Research 98 (2017) 306.

Strang, Originalism's Promise (2019).

Strawson, Intention and Convention in Speech Acts, The Philosophical Review 73 (1964) 439.

Strübling, Qualitative Sozialforschung² (2018).

T

Thienel, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz: Zugleich eine Kritik an Hans Alberts Konzept einer sozialtechnologischen Jurisprudenz (1991).

Thienel in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar (1999) Art 48, 49 B-VG.

Thienel in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar (1999) Art 7 EMRK.

Tomandl, Die Zugänglichkeit von Normen als verfassungsrechtliches Problem, ZAS 1990, 181.

Tomandl, Im juristischen Methodendschungel, ÖJZ 2011, 539.

V

Valaris, Reasoning and Mental Action, in Brent/Titus (Hrsg), Mental Action and the Conscious Mind (2023) 142.

Van Inwagen, Existence: Essays in Ontology (2014).

Von Wright, Norm und Handlung (1979).

Von Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie: Erster Band (1811).

W

Waller, Classifying and Analyzing Analogies, Informal Logic 21 (2001) 199.

Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht: System (1972).

Walter, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in FS Klug (1983) 187.

Walter, Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, in FS Leser (1993) 191.

Walter, Überlegungen zum Problem der Rechtslücke, in GS Ringhofer (1995) 197.

Walter, Hans Kelsens Rechtslehre (1999).

Walton, formal and informal logic, in Craig (Hrsg), Routledge Encyclopedia of Philosophy, <<https://www-rep-routledge-com.uaccess.univie.ac.at/articles/thematic/formal-and-informal-logic/v-1>> (Stand 2023).

Walton/Macagno/Sartor, Statutory Interpretation: Pragmatics and Interpretation (2020).

Webber, Asking why in the study of human affairs, American Journal of Jurisprudence 60 (2015) 51.

Wedgwood, The Aim of Belief, Philosophical Perspectives 16 (2002) 267.

Wedgwood, The Value of Rationality (2017).

Wedgwood, practical and theoretical rationality, in Kauff/Spohn (Hrsg), The Handbook of Rationality (2021) 137.

Weinberger, Norm und Institution (1988).

- Weinberger*, Rechtslogik² (1989).
- Weintraub*, Induction and inference to the best explanation, *Philosophical Studies* 166 (2013) 203.
- Weitzenfeld*, Valid Reasoning by Analogy, *Philosophy of Science* 51 (1984) 137.
- Wendehorst*, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2011, 730.
- Wendehorst*, Ist der Kodifikationsstreit entschieden? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB. Evolution einer Kodifikation Rückblick Ausblick Methode (2012) 9.
- Werndl*, Zur Analogie im Steuerrecht, *ÖJZ* 1997, 298.
- Weston*, A Rulebook for Arguments⁵ (2017).
- Wiederin*, Nationalsozialistische Wiederbetätigung: Wahlrecht und Grenzen verfassungskonformer Auslegung, *EuGRZ* 1987, 137.
- Wiederin*, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in FS Winkler (1997) 1231.
- Wiederin*, Die Kundmachung von Rechtsvorschriften im Internet, in Gruber (Hrsg), Die rechtliche Dimension des Internets (2001) 25.
- Wiederin*, Ihr Recht geht vom Volk aus: Rechtsstaatliche Demokratie nach 90 Jahren Bundesverfassung, in Vortragsveranstaltung des Österreichischen Juristentages 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung 7. September 2010 (2010) 15.
- Wiederin*, Verfassungsinterpretation in Österreich, in Lienbacher (Hrsg), Verfassungsinterpretation in Europa: Heinz Schäffer Gedächtnissymposium (2011) 81.
- Williamson*, Abductive Philosophy, *The Philosophical Forum* 47 (2016) 263.
- Wilson/Sperber*, Relevance Theory, in Horn/Ward (Hrsg), *The Handbook of Pragmatics* (2004) 607.
- Wilson/Sperber*, *Meaning and Relevance* (2012).
- Winkler*, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in Ermacora/Koja/Winkler (Hrsg), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1979) 3.
- Wolff*, Die dienende Funktion der Verfahrensrechte – eine dogmatische Figur mit Aussagekraft und Entwicklungspotential, in FS Scholz (2007) 977.
- Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *Verwaltungsrecht I*¹³ (2017).
- Worsnip*, Isolating Correct Reasoning, in Jackson/Jackson (Hrsg), *Reasoning: New Essays on Theoretical and Practical Thinking* (2019) 129.
- Wutscher*, Rechtsirrtum und Determinierungsgebot, *ÖZW* 2021, 134.

Würdinger, Die Analogiefähigkeit von Normen. Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmevorschriften und deklaratorische Normen, AcP 2006, 946.

Z

Zippelius, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012).

Zitelmann, Lücken im Recht: Rede, gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, am 18. Oktober 1902 (1903).