

G

Gebrauchsbeispiele
Geltung
gemeinsamer Nenner
Gemeinschaftsrecht
Genetische Auslegung
Genetische Auslegung, kompetitives Handeln
Genetische Konkretisierung, Möglichkeit
Genetische Konkretisierung im Sekundärrecht
Genetische Konkretisierung
Genetische Konkretisierung im Primärrecht
Generalklausel
Geringste Belastung
Gerechtigkeit
Gesetz und Recht
Gesetzesbindung, Hypertext
Gesetzesbindung, Verfassung
Gesetzesbindung
Gesetzgebungsprozess, kompetitives Handeln
Gesetzgebungsprozess, Parlament
Gesetzgeber
Gesetzespositivismus
Gewalt, gesetzgebende
Gewalt, Legitimierung
Gewalt, nicht legitimierbare
Gewalt, Nötigungsmittel
Gewalt, rechtsprechende
Gewalt, Sprache
Gewohnheitsrecht
Gewaltenteilung
Gewaltenteilungslehre
Gewaltenteilungsprinzip
Grammatische Auslegung, Stellenwert
Grammatische Konkretisierung, Spielraum
Grammatische Konkretisierung zweiter Ordnung
Grundnorm
Güterabwägung

Gebrauchsbeispiele

Das Bundesverfassungsgericht hatte über die dieser Entwicklung zugrundeliegende Ausdehnung des Gewaltbegriffs unter anderem im Urteil vom 11. November 1986 zu entscheiden. Die das Urteil tragenden vier Richter gehen davon aus, dass die Ausweitung der „Gewalt“-voraussetzung mit Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren sei, während das Minderheitsvotum der vier dissentierenden Richter die Ausweitung des Gewaltbegriffs als Verletzung des verfassungsrechtlichen Analogieverbots und Überschreitung der Wortlautgrenze betrachtet.

Die Diskussion um dieses Urteil leidet an rechtstheoretischen und sprachtheoretischen Unklarheiten über den Begriff der Wortlautgrenze. Schon die Problemexposition des Bundesverfassungsgerichts macht diese Unklarheit deutlich: „Das Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit schließt nach der Rechtsprechung eine analoge oder gewohnheitsrechtliche Strafbegründung aus. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr

jede Rechts-„Anwendung“, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Art. 103 Abs. 2 GG zieht der Auslegung von Strafvorschriften eine verfassungsrechtliche Schranke. Da Gegenstand der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur der Gesetzestext sein kann, erweist dieser sich als maßgebendes Kriterium: der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation“. Hier wird ein möglicher Wortsinn als vorgegebener und durch sprachliche „Feststellungen“ zu ermittelnder Inhalt der Norm unterstellt. Ein solches Verständnis

der Wortlautgrenze wird auch in der Kritik des verfassungsgerichtlichen Urteils größtenteils verwendet, wobei nur der jeweils „ermittelte“ Sprachgebrauch anders bestimmt wird.

Auf dieser Ebene lässt sich das vorliegende Problem aber gar nicht entscheiden. Weil es weder den einheitlichen Sprachgebrauch einer homogenen und in sich abgeschlossenen Allgemeinsprache noch einen homogenen Sprachgebrauch innerhalb von Gruppensprachen gibt, kann sich bei dem Versuch seiner Ermittlung nur die Widersprüchlichkeit von einzelnen Gebrauchsbeispielen des Gewaltbegriffs herausstellen. Die „gefundenen“ Gebrauchsbeispiele können auch nicht zu einer objektiven und schlicht feststellbaren Sprachregel verallgemeinert werden.

JM I, Rn. 323

Geltung

Die Strukturierende Rechtslehre geht davon aus, dass dem Normtext am Beginn der Konkretisierung erst Geltung und nicht schon Bedeutung zukommt. Mit diesem Ansatz werden drei Fragen getrennt, die in der herkömmlichen Lehre noch unklar vermischt sind. Es sind die Fragen nach Geltung, Bedeutung und Legitimation. Das positivistische Modell der Rechtserkenntnis setzt alle drei Probleme gleich: die Geltung des Normtextes liegt in seiner Bedeutung und die Entscheidung ist legitim, wenn sie die erkannte Bedeutung genau auf den Fall anwendet. Die von der Strukturierenden Rechtslehre ausgearbeitete Trennung verteilt die Probleme dagegen zunächst auf der Zeitachse: Geltung des Normtextes liegt am Anfang, Bedeutung als Ausfüllung des Textformulars (Normativität) am Ende. Dazwischen liegt ein Handeln des Rechtsarbeiters, das an Legitimitätsmaßstäben überprüft werden muss. Legitimität kommt der in der Entscheidung liegenden Ausübung von Staatsgewalt dann zu, wenn die Zurechnung der Bedeutung zum Normtext alle sprachlichen Anschlusszwänge methodisch überzeugend abgearbeitet hat, die sich aus einer verfassungsrechtlich rückgebundenen Argumentationskultur ergeben.

Die geschilderte Trennung ist aus der Sicht des alten positivistischen Modells von Rechtserkenntnis nicht leicht zu verstehen. Typisch ist insoweit eine Kritik, welche die Abschichtung von Zeichenkette und Bedeutung für unmöglich hält. Ein Normtext ohne Bedeutung sei als Zeichenkette gar nicht erkennbar und könne deswegen auch keine Geltung haben. Nun erscheinen zwar in der unreflektierten Alltagskommunikation Zeichenkörper und Bedeutung als Einheit. Aber schon die bloße Frage nach der Bedeutung eines bestimmten Zeichens legt beide Seiten auseinander. Der Raum, in den sich diese Frage entfaltet, ist der der Bedeutsamkeit.

Das Problem der Bedeutungsgebung entsteht ja gar nicht aus einem Mangel an Determination, den die Strukturierende Rechtslehre angeblich mit allerlei Substituten zu beheben versuchte. Es folgt umgekehrt aus einem Überfluss an Determination. Denn die Bedeutsamkeit des Normtextes im Gesetzbuch ist, wenn der Richter tätig wird, längst mit Bedeutung überschwemmt. Die Parteien, die mit Hilfe des Normtextes ihre Interessen durchsetzen wollen, aber auch bisherige Judikatur und Wissenschaft haben diesen Überfluss an Semantisierungen hervorgebracht und setzen damit den Richter unter Entscheidungsdruck. Durch die Nötigung der Parteien, ihre Interessen in den Normtext einzuschreiben, und durch die Notwendigkeit für den Richter, zwischen den einander ausschließenden Lesarten des Normtextes zu entscheiden, wird überhaupt erst das Problem der Bedeutungsgebung erzeugt.

Der geltende Normtext (also der „Wortlaut des Gesetzes“) ist bedeutsam durch die Notwendigkeit zur Verknüpfung, nicht dagegen durch eine notwendige Verknüpfung mit einer bestimmten Bedeutung. Die Geltung liegt nicht in einer vorgegebenen Bedeutung, sondern in der Notwendigkeit der Verknüpfung. Man muss, um seine Interessen rechtmäßig durchzusetzen, genau diese Zeichen des geltenden Normtextes semantisieren.

Es ist in der Praxis des Rechtsbetriebs der Streit der Parteien, der das Zeichen Normtext auseinanderlegt in Zeichenkörper und Zeichenverständnis. Damit hört die Bedeutung auf, in der Praxis der Kommunikation blind und „problemlos“ zu funktionieren. Es kommt zur Krise. Diese Krise lässt sich nicht durch reflexive Vergewisserung der „objektiven Bedeutung“ beheben. Genau wie die Liebe und die Freundschaft ist die Bedeutung, wenn man sich erst einmal darüber auseinandersetzen muss, schon im Verschwinden begriffen. Im Moment der Krise kann der Strich, der im Saussureschen Zeichenmodell das Wort „Baum“ von der Zeichnung des Baumes trennt, nicht mehr übersprungen werden. Er ist

eine Sperre, die kenntlich macht, dass auch die beste aller möglichen Interpretationen, durchgeführt vom Schutzengel aller heiligen Texte, nicht etwa das reine Signifikat an die Stelle des Signifikanten stellt, sondern nur eine Signifikantenkette durch eine andere ersetzt. Bedeutung von Ausdrücken wohnt nicht als etwas Gegebenes im Reich des Geistes, so dass man widerstreitende Verwendungen dieser Ausdrücke an ihrer

Idee messen und korrigieren könnte. Wir haben keine ideale Substanz zur Verfügung, sondern nur verschiedene Verwendungen, die man nebeneinander stehen lassen kann, solange kein Entscheidungsdruck besteht. Wenn aber eine Entscheidung getroffen werden muss, geht es nicht mehr um Interpretation oder um das Einfügen einer interpretierten Regel in deren ideales System. Das wäre Schönfärberei und führte zurück in das Gespensterreich platonischer Ideen. Es geht vielmehr um einen semantischen Kampf.

Von der Vorgabe der Geltung als Bedeutsamkeit des Zeichens aus gelangt man damit folgerichtig zur Beurteilung bestimmter Verknüpfungen im Rahmen einer rechtlich geordneten semantischen Auseinandersetzung. Die von Wissenschaft und Praxis erarbeiteten Argumentationsstandards und die darauf bezogenen Vorgaben der Verfassung kommen dann nicht als äußere Vorgaben praktischer Rechtsarbeit in den Blick, sondern als innere Momente einer rechtlichen Kultivierung der semantischen Kontroversen.

JM I, Rn. 185 f., 189 f.

gemeinsamer Nenner

Als weitere Regel zur Lösung von Bedeutungsdivergenzen wird erwogen, das gemeinsame Minimum der Bedeutungen in den verschiedenen Sprachen zugrunde zu legen. Eine bestimmte Vorgehensweise des EuGH bei Auslegungsproblemen scheint zunächst in diese Richtung zu deuten. Es handelt sich um die Regel des gemeinsamen Nenners. Danach hat die Auslegung Vorrang, die sich auf die gleichen Bedeutungsvarianten der verschiedensprachigen Wortlaute stützen lässt. Enthält der Wortlaut einer Fassung die Bedeutungsvarianten a und b und eine andere Fassung die Bedeutungsvarianten b und c, usw., so ist die gemeinsame Bedeutungsvariante b vorzuziehen. Der Vorteil dieser Regel besteht darin, dass jede nationale Variante in der gemeinsamen Bedeutung berücksichtigt wird.

Der Gerichtshof hat diese Regel niemals ausdrücklich formuliert. Immerhin gibt es dazu ein Urteil aus dem Jahr 1981. Hier wird eine im Deutschen sehr weite Wendung im Licht der anderssprachigen Wortlaute auf ein gemeinsames Minimum hin ausgelegt. In der Literatur wird aber immer wieder hervorgehoben, dass dieses Urteil ein Einzelfall geblieben ist.

Trotzdem wird die Regel vom gemeinsamen Nenner als Lösung für das Problem der Bedeutungsdivergenzen immer wieder vertreten. Sie wird häufig damit begründet, dass die Texte nur sprachlich ein je besonderes Dasein aufwiesen. Weil aber die Parteien einen einheitlichen identischen Sinn wollten, könne der scheinbar mehrfach zum Ausdruck gekommene Wille nur ein einheitlicher sein. Aus dieser sogenannten Einheitsregel folgt aber noch nicht das semantische Postulat einer gemeinsamen Bedeutung als Schnittmenge verschiedener Sprachen. Die meisten Vertreter der Literatur sind im Hinblick auf die explizite Formulierung einer solchen Regel denn auch sehr vorsichtig. Die praktischen Erfahrungen im Völkerrecht sprechen dagegen. Meist wird die semantische Unterstellung als bloße Vermutung formuliert: "Da nur ein einziger Vertrag - wenn auch in verschiedenen sprachlichen Fassungen - vorliegt, wird vermutet, dass die Ausdrücke des Vertrags in jedem authentischen Text dieselbe Bedeutung haben."

Tatsächlich übernimmt der EuGH die Regel vom gemeinsamen Nenner keineswegs. Demnach müsste er ja nach einem gemeinsamen Minimalgehalt suchen. Das tut das Gericht aber nicht. Dies wird auch in der Methodoliteratur zur Arbeit des EuGH klar gesehen: „Verwenden die Verträge in den verschiedenen offiziellen Fassungen unterschiedliche Begriffe, ist nicht nach dem gemeinsamen Minimum der Vertragsbedeutung zu suchen; die Möglichkeit der Vertragsauslegung erstreckt sich vielmehr, da der Vertragswille auf alle offiziellen Fassungen gerichtet ist, auf den ganzen Inhalt der Bedeutungen in den verschiedenen Sprachen.“

Das Gemeinsame-Nenner-Verfahren hilft bei einer echten Bedeutungskonfrontation nicht weiter. Wenn der EuGH eine solche Bedeutungsdivergenz festgestellt hat, schlägt er einen anderen Weg ein. Er trifft die Entscheidung mit Hilfe weiterer Konkretisierungselemente. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Bedeutungsvariante auch in den anderssprachigen Wortlauten möglich ist. Entscheidend sind vielmehr Zweck und Systematik der Regelung.

JM II, S. 29 ff

Gemeinschaftsrecht

Das Gemeinschaftsrecht wirft ganz neuartige Probleme auf. Zunächst entsteht es aus einer Vielzahl von Rechtskulturen. Das heißt, es muss deren jeweilige Stärke zur Geltung bringen, ohne von einer dieser Kulturen dominiert zu werden. Zudem existiert dieses Recht in einer Vielzahl von Sprachen. Es will deren Eigenwert respektieren und muss dennoch für alle Sprachen ein einziges und verbindliches Recht festlegen. Schließlich handelt es sich um das Recht einer Gemeinschaft im Werden. Es muss deswegen eine Dynamik garantieren, ohne die für die Gemeinschaftsbildung unverzichtbare Rechtssicherheit zu vernachlässigen.

Nicht genug damit, dass sich das Gemeinschaftsrecht und seine Organe in solchen gegensätzlichen Anforderungen bewegen müssen, sind sie außerdem noch den nationalstaatlichen Empfindlichkeiten ausgesetzt. Denn die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs werden in den Nationalstaaten immer stärker. Immer mehr Sachverhalte, die Anknüpfungspunkte für das Gemeinschaftsrecht haben, werden unmittelbar durch dieses geregelt. Hinzu kommen die mittelbaren Auswirkungen. So spricht man etwa von einer unumkehrbaren Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts und des gerichtlichen Rechtsschutzes. Diese Umwälzungen werden im Bereich des Umweltrechts, Staatshaftungsrechts und sogar des Verfassungsrechts massiv für den einzelnen Bürger spürbar.

JM II, S. 17 f.

Genetische Auslegung

Man muss die genetische Konkretisierung vom Begriff des Willens ablösen. Zunächst wird dabei die Willensmetapher durch den Begriff einer Handlung ersetzt, die es sowohl kausal als auch in ihrer Finalität zu verstehen gilt. Der Fortschritt dieser Ersetzung kann sich jedoch nur dann auswirken, wenn man auch die vorgestellte Einheitlichkeit und Homogenität der Normierungshandlung auflöst. Dabei kann der vorgestellte Gesamtwille durch ein Mehrheits- oder Agentenmodell ersetzt werden. Danach ist der gesetzgeberische Wille mit dem der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft gleichzusetzen, beziehungsweise mit dem Willen derjenigen Personen, die den verabschiedeten Entwurf oder Vertrag formuliert haben.

Doch auch im Rahmen eines Mehrheits- oder Agentenmodells bleibt der Nachweis einer gemeinsamen Handlungsfinalität bzw. -absicht schwierig. Selbst wenn man unterstellt, dass die betreffenden Personen die von ihnen formulierte Zeichenkette unter möglichst vollständiger Berücksichtigung des Kontextes reflektieren, beseitigt dies nicht alle Unsicherheiten über den Gebrauch der verwendeten Zeichen. Zwar kann man die als gemeinsam behauptete Absicht auf grundlegende Gesichtspunkte und Zwecke einschränken. Aber die Unterstellung solcher Zwecke als gemeinsame bedarf noch einer Begründung.

Allerdings gewinnt diese Zurechnung eine gewisse Plausibilität durch eine linguistische Analyse, welche parallele Phänomene aus dem juristischen Bereich in die Untersuchung einbezieht. Auch bei juristischen Personen redet man von Absichten, die man bei Bedarf etwa ihren Organen zuschreibt. Dabei lässt sich auch nicht sagen, dass das Wort ‚Absicht‘ in einem metaphorischen oder von der wörtlichen Bedeutung abgelösten Sinn gebraucht werde. Der Sprachgebrauch verweist hier vielmehr auf soziale Regeln, nach denen das Handeln einzelner einer Gesamtheit zugerechnet wird. Es ist kein Grund ersichtlich, der die Existenz ähnlicher Regeln im Rahmen der genetischen Konkretisierung ausschließen könnte.

Die allgemeine Möglichkeit einer Zurechnung kann so als begründet angesehen werden. Aber es bleiben technische Fragen offen: „Hinsichtlich der Brauchbarkeit solcher Materialien stellt sich zunächst ohnehin die Frage, welche der am Abschluss der Gemeinschaftsverträge beteiligten Personen ausschlaggebend für den Willen ihres jeweiligen Mitgliedstaates sein sollen: die jeweiligen Unterhändler, nur der Leiter der Verhandlungsdelegation oder nur der zuständige Minister.“

Die Art und Weise dieses Zurechnens fordert also neben der Beachtung rechtlicher Gesichtspunkte noch eine genauere Untersuchung der vorausgesetzten sprachlichen Regeln. Insoweit müssen die als Kontexte zum Normtext herangezogenen Materialien auf einen inneren Zusammenhang hin befragt werden. Die als Anknüpfungspunkt für ein Argument in Betracht kommende Einzeläußerung muss in die Struktur des Gesetzgebungsverfahrens systematisch eingeordnet werden. Der innere Zusammenhang wird allerdings noch nicht erfasst, wenn man normative Strukturierungsvorschläge der Gesetzgebungslehre als Beschreibungen liest. Gesetzgebung ist nicht schlicht einvernehmliches Handeln, sondern in seiner Realität meist sehr konfliktuell. Darin liegt für das herkömmliche Verständnis eine große Schwierigkeit: „Die Ansichten der Vertragsparteien werden im Allgemeinen sogar entgegengesetzt gewesen sein. Zudem sind solche Äußerungen während der Vertragsverhandlungen häufig nur als taktische Züge zu verstehen und geben nicht die eigentliche Absicht der Parteien kund.“

Die Realität des Verfahrens kommt erst dann in den Blick, wenn man sich von dem stillschweigend vorausgesetzten Modell der Gesetzgebung als einem Fall *kooperativen* Handelns ablöst und diesen Prozess im Rahmen einer Semantik *kompetitiven* Handelns begreift. Erst dann können die widersprüchlichen Einzeläußerungen als Teile eines kompetitiven Handlungsspiels systematisch verortet und in ihrer Tragweite verstanden werden. Im Rahmen der subjektiven Auslegungslehre hat die sog. Paktentheorie der Lösung dieser Aufgabe vorgearbeitet. Wenn man diese Theorie von den impliziten Willens- und Vertragskonstruktionen ablöst, bringt sie anstelle der anthropomorph aufgefassten Absichten und des personifizierten Gesetzgebers den Vorgang der Gesetzgebung als arbeitsteiligen Prozess in den Blick. Dabei werden vor allem die zeitliche Reihenfolge, aber auch rechtliche Gesichtspunkte wie etwa die Mehrheitsregel und der Kontext der Einzeläußerung zur Strukturierung verwendet. Das ermöglicht neben der Zurechnung auch ein Gewichten der als Anknüpfungspunkt dienenden Einzelaussage. An diese Vorarbeiten der Paktentheorie kann die semantische Analyse des Gesetzgebungsverfahrens als eines kompetitiven Handlungsspiels vertiefend anknüpfen.

JM I, Rn. 361 f

Genetische Auslegung, kompetitives Handeln

Die genetische Konkretisierung kann sich zunutze machen, dass die Akteure in den verschiedenen Zusammenhängen ihre personal kompetitive Intention zugunsten ihrer restiven Gewinnchancen unterlaufen. Dies ist überall dort der Fall, wo die der Selbstbehauptung dienende „Darstellung von Politik“ der „Herstellung von Politik“ unterworfen wird. Politik ist eben nicht kompetitives Handeln reinsten Wassers, auch wenn andererseits nie von vornherein ausgemacht ist, inwieweit es sich nicht doch auf dessen Inbegriff bringen lässt. Politiker neigen angesichts des im kompetitiven Spiel immer auch drohenden Totalverlustes dazu, sich mit einem weniger an unsicherem Sieg zugunsten eines Mehr an sicherem Gewinn zufrieden zu geben. Deutliches Beispiel etwa sind Verhandlungen im Vermittlungsausschuss. Die genetische Konkretisierung jedenfalls kann den Texten Gewicht für die Normkonkretisierung zumessen, denen erkennbar eben jenes Überspielen der Siegintention durch eine Gewinnabsicht plausibel zugeschrieben werden kann. Natürlich muss er dafür den Stellenwert der jeweiligen Textpassage sorgfältig gerade in Ansehung der Person des sie vortragenden politischen Akteurs erwägen. Dabei kann die genetische Konkretisierung durchaus auf die Selbstbekundungen der Akteure bauen. Einmal vertextet bindet sie.

Semantisch kann sich die genetische Konkretisierung also nicht auf die Frage nach dem "was" des Textes beschränken. Sie hat, um dessen Relevanz zu ermessen, die Frage nach dem „wie“ des Zustandekommens zu stellen. Dies wiederum gliedert sich pragmatisch auf in die Fragen „wer“ sich hier geäußert hat, „wo“, d. h. in welcher der entsprechenden Gremien und Foren, und „wann“ im Sinne der konkreten Stelle im gesamten Gesetzgebungsprozess. Der Jurist rollt damit den Prozess der Textgewinnung und Durchsetzung von Bedeutungsgebungen noch einmal auf, indem er ihn auf den institutionell vorgegebenen Anspruch hin überprüft, einen Beitrag zur Formulierung geltenden Rechts zu leis-

ten ohne dabei zu übersehen, dass der wiederum von politischem Interesse geprägt ist. Die Ansatzpunkte dafür ergeben sich aus den praktischen Verhältnissen des Gesetzgebungsprozesses. Hinsichtlich des „Wer“ wird sich der Jurist vorrangig an die Wortführer halten. Die Rechtfertigung für dieses Vorgehen ergibt sich aus dem Umstand, dass aufgrund der real parteienorientierten Ausrichtung des parlamentarischen Handelns die einzelnen Akteure in der Regel immer als Personifizierungen ihrer jeweiligen Kollektive auftreten. Diese wird in den internen Zirkeln und Gremien hergestellt: „Die Parteien beeinflussen aber nicht nur die Meinungsbildung, sondern steuern - auf der Grundlage des Prinzips der Fraktionsdisziplin - zugleich die parlamentarische Entscheidungsfindung“, so dass „letztlich die Parteiführungen das Abstimmungsverhalten der Fraktionen und - im Falle der Mehrheitsfraktionen - zugleich die Regierungsarbeit bestimmen“. Von hier aus ist es für die Gerichte auch sinnvoll, trotz des grundsätzlichen Inszenierungscharakters der Plenardebatte. Textstellen aus Bundestagsprotokollen heranzuziehen, wie im Beispiel geschehen. Dann nämlich, wenn sich hier die politischen Akteure vor der Öffentlichkeit zu dem erklären, was zuvor in den Arbeitsgremien ausgehandelt wurde, und damit „beim Wort genommen“ werden können, sofern hier „die Entscheidungen in voller Öffentlichkeit registriert werden oder auch erst fallen“. Natürlich kann die genetische Konkretisierung auch Minderheitsvoten berücksichtigen. Dann allerdings besteht ein erhöhter Begründungsbedarf. Dann ist darzulegen, in welcher Weise diese dennoch in den Entscheidungsprozess eingeflossen und ihre Wirkung getan haben. Für das „wo“ dieses Entscheidungsprozesses wird sich die genetische Konkretisierung am besten an die Aufzeichnungen der Auseinandersetzungen halten, in denen eben die „Arbeit“ am Normtext getan wird, etwa Protokollen der Ausschuss- oder Kommissionssitzungen. Das Verfassungsgericht bezieht sich daher unter anderem etwa auf die Verhandlungen in der „Gemeinsamen Verfassungskommission“. Von hier aus bestimmt sich auch das „wann“ einer für die genetische Konkretisierung herangezogenen Textstelle als die retrospektiv auf eine Abfolge rückprojizierte Zeit. Die genetische Konkretisierung hat sie so in ihrem Stellenwert einzuordnen. Dabei kann man nach der parlamentarischen Praxis und der Logik kompetitiver Sequenzierungen von Handeln annehmen, dass eine Äußerung umso durchschlagender und relevanter ist, je „näher“ sie an dem letztendlich festgeschriebenen Ergebnis liegt. „Schematisch gesehen, beginnt der Prozess der parlamentarischen Willensbildung und Entscheidung also in den Arbeitsgruppen und Arbeitskreisen der Fraktionen. Er setzt sich in den Fraktionsversammlungen fort, geht dann in den Bundestagsausschüssen weiter und mündet schließlich im Plenum, das die endgültigen Entscheidungen trifft. [...] Jedenfalls gilt, dass so gut wie alles, was schließlich das Plenum als letzte Instanz erreicht, in zahlreichen Gremien schon eingehend beraten worden ist und sich bereits dabei die verschiedenen Standpunkte und politischen Fronten herauskristallisiert haben.“ Entsprechend ist davon auszugehen, dass zu Beginn des Prozesses die Akteure zunächst als Kontrahenten ihre Positionen formulieren und abstecken. Diese stellen für die Verhandlungen gewissermaßen auch den Preis dar, den Einsatz im semantischen Kampf. Der Einsatz erfolgt für eine Abfolge offensiver und defensiver Züge, wonach der Prozess zu deeskalieren beginnt in Richtung des Aushandelns einer Position, durch die alle „das beste für sich herausholen“ können. Die Akteure verfolgen angesichts des durch den personalen Antagonismus immer potentiell drohenden Scheiterns des restiven Gewinnanspruchs in der Niederlage in der Regel eine Strategie der Maximierung des Minimums. Nebenbei bemerkt liegt hier wohl auch eine der Wurzeln der Kritik an einer mangelnden Risikobereitschaft und mangelndem Mut in der Politik, der sicherlich eine Strategie der Minimierung des Maximums nahe legen würde, das heißt den Versuch gegen allen Widerstand das jeweils beste aus der Lage herauszuholen, ohne zugleich in eine Konfrontation um der Konfrontation willen durch das bloße Beharren auf Maximalforderungen zu verfallen, was gleichfalls häufig als bloße Profilierungstaktik und Unfähigkeit zu praktischen Veränderungen beklagt wird. Je näher dann auf dem angedeuteten Weg die Textstelle an dem formal durch Abstimmung oder etwa informell durch Kompromisse hergestellten Ergebnis liegt, desto eher kann die genetische Konkretisierung davon profitieren. Denn personales Einlenken in der Positionsbestimmung bedeutet restives Einfinden in die Bedeutungsformierung.

Die genetische Konkretisierung betreibt, gerechtfertigt durch die den Politikern in all ihren Handlungen auferlegte Verpflichtung eine doppelte Textarchäologie. Sie nimmt die Materialien als politische Äußerungen auch gegen deren erkennbar auf Macht gerichtete Intention ernst bei ihrer Vorgabe, „dass die Parteien in Rede und Gegenrede die Kraft der Argumente und der Sprache bemühen, um sich gegenseitig zu überzeugen“. Der Jurist kann dies tun, weil die Erfüllung dieser Erwartung wenigstens dem Schein nach für die Akteure institutionell verpflichtend ist. Die genetische Konkretisierung spielt über diesen Umweg den Politiker als Parlamentarier aus und hebt darin rekonstruktiv dessen Figurierung

als Akteur analytisch auf. Worauf es ankommt ist zu zeigen, wie das Gericht die Geltung als Argument herstellt. Indem es metakommunikativ den Weg von Personalien zum Restiven nachzeichnet, kann das Gericht aus der Textstelle ein geltendes Argument machen. Damit zeigt sich, dass die genetische Konkretisierung nicht vor „Parteilichkeit“ des politischen Kampfes um das Gesetz zu resignieren braucht. Sie muss vielmehr die Struktur kompetitiven Handelns in der Analyse berücksichtigen, um den Kern der Sache als geltendes Argument herauszuparieren.

Entgegen der objektiven Lehre in ihrer strengen Form ist damit die Möglichkeit genetischer Auslegung dargetan Ihr Stellenwert und ihre Einordnung in den Gesamtvorgang der Konkretisierung hängen allerdings von den methodenbezogenen Normen im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips ab.

JM I, Rn. 361 f

Genetische Konkretisierung, Möglichkeit

Bleibt genetische Auslegung überhaupt noch sinnvoll, wenn man sich von der Metapher des allmächtigen Autors verabschiedet? Muss also der informierte Leser des Gesetzes nach wie vor die Materialien kennen?

Häufig wird die Möglichkeit der genetischen Konkretisierung aus texttheoretischen Überlegungen abgelehnt. Die Vorstellungen, Absichten und Zwecke des historischen Gesetzgebers können hiernach für die Interpretation keine Rolle spielen, weil sich das Gesetz nach seinem Erlass von den Absichten und Zwecken seiner Urheber ablöst. Das so entstandene eigenständige Gebilde muss nunmehr aus sich selbst verstanden werden. Der beherrschenden Stellung des Gesetzgebers wird dabei eine *Heterogonie der Zwecke* entgegengehalten: „Der Zusammenhang einer Zweckreihe besteht demnach nicht darin, dass der zuletzt erreichte Zweck schon in den ursprünglichen Motiven (...) als Vorstellung enthalten sein muss, (...), sondern er wird wesentlich dadurch vermittelt, dass infolge nie fehlender Nebeneinflüsse der Effekt einer Handlung mit der im Motiv gelegenen Zweckvorstellung im allgemeinen sich nicht deckt.“ Über die Vervielfältigung und Anreicherung des Ursprungszwecks soll hier das Gesetz der Heterogonie der Zwecke ein „Prinzip des Wachstums geistiger Werte“ (Wundt) begründen und damit den selbständigen Organismus des Rechts von seinem Urheber ablösen. Nun gibt es aber nicht nur ein vermehrendes Wachstum, sondern auch ein Zurückbleiben gegenüber dem Ursprungszweck. Dieser ist demnach als Bezugspunkt nach wie vor nötig, um die Frage nach Wachstum oder Zurückbleiben beurteilen zu können.

Weiter wird geltend gemacht, dass der Gesetzgeber bzw. der Vertragspartner könne bereits seine ursprüngliche Zwecksetzung inhaltlich gar nicht voll überblicken: „Es ist ein häufiger Irrtum zu meinen, dass der Gedanke der vollständige Sklave unseres Willens sei und nur das hervorbringe, was wir wollen, während doch der Gedanke dem Willen gegenüber seine volle Selbständigkeit hat und vielfach über die Tragweite des Willens hinausgeht. (Das Denken) hat unendlich viele Zusammenhänge, es zeigt in den Begriffen einen Ideeninhalt, den der subjektiv Denkende nicht ahnt“ Weil jeder Gedanke selbständig und auch gegen die Absicht seiner Schöpfer fortwirken kann, ist das Recht als geistige Wirklichkeit etwas Eigenständiges. Die Entscheidung muss daher unabhängig von den Materialien dem Gesetz selbst entnommen werden. Auch in diesem Einwand ist wieder Richtiges enthalten, das dann aber durch zu weit gehende Generalisierung unrichtig wird.

Ein grundsätzlicher Einwand gegen die genetische Konkretisierung ist das so genannte *Versteinerungsargument*. Danach lässt das Auslegungsziel, den gesetzgeberischen Willen zu ermitteln, keine Anpassung des Gesetzes an aktuelle Probleme zu und versteinert insoweit seine Umsetzung. Vor allem im Europäischen Gemeinschaftsrecht gewinnt dieses Argument im Hinblick auf die Dynamik einer immer enger werdenden Union ein entscheidendes Gewicht: „Zur Verwirklichung des gemeinsamen Marktes und der Ziele des Art. 2 EGV ist es unverzichtbar, anstelle des historischen Willens der Vertragspartner auf den objektivierten Willen des Vertrages abzustellen. Eine Gegenüberstellung der Eindrücke von den Vertragsverhandlungen mit der Praxis des Gerichtshofs belegt überzeugend die Diskrepanz zwischen dem heutigen Stand der Gemeinschaftsrechte und den ursprünglichen Vorstellungen der Vertragsstaaten.“ Dieser Einwand steht der genetischen Interpretation aber nur dann entgegen, wenn man der subjektiven Auslegungslehre folgen und das Ergebnis der genetischen Konkretisierung zum Inhalt des Gesetzes erklären will. Dass die Ergebnisse genetischer Argumentation

beim Interpretieren des Gesetzes eine Rolle spielen, ist mit dem Versteinerungsargument noch nicht ausgeschlossen. Denn die Dynamik einer immer enger werdenden Gemeinschaft wäre nur dann gefährdet, wenn das genetische Element die ausschlaggebende Bedeutung hätte. Im Gesamtprozess der Konkretisierung wird es dagegen durch die Ergebnisse anderer Faktoren, in der Praxis des Europarechts oft der teleologischen Auslegung, relativiert. Deswegen kann das Versteinerungsargument zwar der subjektiven Auslegungsdoktrin, nicht aber grundsätzlich der genetischen Konkretisierung entgegengehalten werden.

Eine *faktische Schwierigkeit* für die Argumentation mit der Entstehungsgeschichte liegt darin, dass „der“ Gesetzgeber nicht einfach eine einzelne Person, sondern in zahlreiche Gremien und Instanzen aufgesplittert ist.

Dieses empirische Problem macht zwar die Aussicht darauf, einen gesetzgeberischen „Willen“ zu ermitteln, eher unwahrscheinlich. Es vermehrt aber die Grundlagen für Argumente: „Da der Gesetzgeber ein Gremium ist (...), kann es nicht auf die Vorstellung einzelner Abgeordneter ankommen. Aber vielfach gibt es Materialien darüber, wie diejenigen, die den Gesetzestext verfasst haben (...) oder wie die Meinungsführer im Parlament das Gesetz verstanden haben.“ Wegen der Beteiligung einer Mehrzahl von Organen wird der Umfang der Materialien etwa im Europäischen Gemeinschaftsrecht noch größer. Damit nimmt auch die Möglichkeit zu, aus diesen Texten Argumente zu gewinnen.

Das in der angesprochenen Diversifikation (Mehrheit von Gremien und Instanzen) enthaltene kritische Potential lässt sich noch weiter entfalten. Dabei werden die praktischen Schwierigkeiten der Arbeit mit den Materialien gegen die soeben erwähnte Möglichkeit gewendet, aus diesen Quellen zusätzliche Argumente zu gewinnen. Die Unsicherheit und Lückenhaftigkeit der Materialien gewährt das Gegenteil eines sicheren Ausgangspunkts: „Tatsache ist, dass die gesamte Praxis (...) sich auf die Entstehungsgeschichte beruft, wo diese für die sonst wünschenswerte Entscheidung verwertet werden kann, und dass im gegenteiligen Fall die Motive usw. beiseitegeschoben oder als unwichtig widerlegt werden“. Hier wird die Gefahr angesprochen, dass mit Hilfe von willkürlich ausgewählten Einzeläußerungen der vorgeblich einheitliche Wille des Gesetzgebers seine Konturen verliert und sich deswegen in der Praxis als beliebig auszufüllende Fiktion erweist. Auch dieses Risiko ist durch die gesteigerte Komplexität des Gesetzgebungsvorgangs im Gemeinschaftsrecht noch erhöht. Die im Verwenden der Materialien als Begründungsinstanz potentiell liegende Beliebigkeit wird deutlich, wenn man berücksichtigt, dass der gemeinschaftsrechtliche Gesetzgeber ein pluriformes und heterogenes Gebilde ist, dem sich schwerlich ein einheitlicher Wille zuschreiben lässt. Die Entstehungsgeschichte weist nicht nur Zufälligkeiten auf, sondern vor allem auch Widersprüche zwischen einzelnen Äußerungen, die ohne ein systematisches Strukturieren immer wieder die Begründung gegensätzlicher Ergebnisse erlauben.

JM I, Rn. 361c

Genetische Konkretisierung im Sekundärrecht

Im Sekundärrecht besteht nach Art. 253 EG eine explizite Begründungspflicht, deren Zweck vor allem in der Erleichterung gerichtlicher Kontrolle liegt. Eine Auswertung aller Urteile im Zeitraum von 1988 bis 1992 hat gezeigt, dass in mehr als der Hälfte der betreffenden Fälle diese Materialien tatsächlich herangezogen wurden.

Als weitere Quelle für Argumente kommen die einseitigen Erklärungen von Regierungen in Betracht, die im Rahmen des Rechtssetzungsverfahrens zu Protokoll gegeben wurden. Das Gericht hat zu dieser Frage folgendermaßen Stellung genommen: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs können (...) derartige einseitige Erklärungen nicht für die Auslegung eines Rechtsakts der Gemeinschaft herangezogen werden, da die allgemeine Geltung der von den Gemeinschaftsorganen erlassenen Normen nicht durch Vorbehalte oder Einwendungen der Mitgliedstaaten bei ihrer Ausarbeitung relativiert werden kann.“ (EuGH, Slg. 1985, S. 427 ff., 436) In der Literatur wird in dieser Stellungnahme eine vollkommene Ablehnung dieser Argumentationsquelle gesehen. Gerechtfertigt wird das mit dem Hinweis, dass eben ein einzelner Mitgliedstaat „schlichtweg nicht Gesetzgebungsorgan“ sei. Eine abweichende Ansicht will dagegen auch diese Texte heranziehen; jedenfalls dann, wenn sie unwidersprochen geblieben sind und insofern den Rückschluss auf einen Kollektivwillen erlauben. Beide Posi-

tionen überzeugen nicht. Denn der EuGH hat das Heranziehen dieser Texte nicht grundsätzlich abgelehnt; sondern lediglich entschieden, von diesen Texten her ein Ergebnis nicht zu korrigieren, das er mit Hilfe grammatischer und systematischer Konkretisierung gewonnen hat. Das entspricht der rechtstaatlichen Rangfolge der Konkretisierungselemente. Umgekehrt kann jedoch auch ein solcher Text keinen Schluss auf einen Kollektivwillen zulassen, da ein Gesetz mit einem solchen schlichtweg nichts zu tun hat. Deswegen dürfte das Gericht wohl so zu verstehen sein, dass diese Materialien dann herangezogen werden können, wenn sie nicht im Widerspruch zu den Ergebnissen von systematischer und grammatischer Argumentation geraten.

Häufigster Anknüpfungspunkt im Sekundärrecht sind die Begründungserwägungen: "Einleitend ist festzustellen, dass mit der Verordnung Nr. (...) gemäß ihrer ersten Begründungserwägung Maßnahmen zum Schutz des Gemeinschaftsmarktes für Sauerkirschen erlassen werden sollen (...)." (6) Häufig hat die genetische Auslegung dabei eine die anderen Konkretisierungselemente bestätigende Rolle: "Diese Auslegung wird durch den Bericht zu dem Übereinkommen vom 26. Mai 1989 (ABl. 1990 C 189, S. 35) bestätigt (...)." (EuGH, Slg. 1999, I, S. 2543 ff.) Der EuGH leitet aber auch entstehungsgeschichtliche Argumente aus dem Vergleich verschiedener Vorschläge der Rechtsetzungsorgane ab: "Während der ursprüngliche Richtlinienvorschlag der Kommission vorsah, dass die Richtlinie 'auf die Rechte, die am 31. Dez. 1994 nicht erloschen sind', anwendbar ist, hat das Europäische Parlament diesen Vorschlag geändert und eine Neufassung eingebracht, die im Wesentlichen in die endgültige Fassung der Richtlinie übernommen worden ist." (EuGH, Slg. 1999, I, S. 3939 ff.)

Zur Entstehungsgeschichte gehören aber auch Erklärungen von Rat oder Kommission, die neben den Begründungserwägungen in sonstiger Weise veröffentlicht wurden. In der Literatur wird zum Teil eine Berücksichtigung solcher Erklärungen als Materialien im Gesetzgebungsprozess gefordert. Die Stellungnahme des Gerichtshofs ist umstritten. Häufig wird behauptet, der EuGH habe die Heranziehung dieser Texte abgelehnt. Tatsächlich hat das Gericht aber nur gesagt, dass diese Erklärungen keine Handlungen mit Gesetzeskraft sind und den Inhalt des Gesetzes nicht fixieren können. Wenn man allerdings mit der das Lesen traditionell begleitenden Metaphysik an dieses Problem herangeht, mag man darin eine Ablehnung der subjektiven Willenstheorie sehen. Tatsächlich hat der EuGH aber lediglich den Stellenwert dieses Arguments im Gesamtprozess der Konkretisierung bestimmt und klargestellt, dass es im Konfliktfall hinter grammatischen und systematischen Elementen zurücktreten muss. Deswegen ist es auch konsequent und nicht verwunderlich, dass das Gericht diese Materialien immer dann mit heranzieht, wenn Wortlaut und Systematik dies zulassen. Das verkennt Anweiler, wenn er schreibt: „Die Protokollerklärung findet also allein deshalb Berücksichtigung, weil sie die vom EuGH bereits ermittelte Auslegung unterstützt. Der historischen Methode kommt in diesem Fall also keine für das Auslegungsergebnis – dieses stand bereits nach der wörtlichen Auslegung fest – eigenständige Bedeutung mehr zu.“ Wie schon gezeigt, muss das sprachnormierende Moment der Festsetzung einer gemeinschaftsbezogenen Bedeutung durch andere Konkretisierungselemente gerechtfertigt werden. Diese liefern in diesem Fall die Materialien. Das Missverständnis Anweilers folgt daraus, dass er die der vergangenen Metaphysik des Lesens angehörige Frage nach dem Ziel der Auslegung mit dem tatsächlichen Problem der Rangfolge der Konkretisierungselemente kontaminiert.

JM II, S. 64 ff.

Genetische Konkretisierung

Die subjektive Auslegungslehre verwendet die genetische Konkretisierung, um den Willen des Autors zu bestimmen: „Vermittels dieser Methode erforscht der Auslegende den wahren Willen des historischen Vertrags- oder Gesetzgebers, bemüht sich also um eine möglichst genaue Kenntnis dessen, was die Schöpfer mit dem Erlass der Norm erreichen wollten.“ (Anweiler, J., Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997) Die *Bedeutung* des Textes wird so mit dem *Willen* des Gesetzgebers gleichgesetzt: Normen gelten hier als Willensausdruck eines gebietenden Subjekts. Entscheidend soll sein, welchen besonderen Sinn eine historisch bestimmte Personengruppe mit den gewählten Wörtern verbunden hat. Die Vorstellungen, Absichten und Wertorientierungen dieser Personen sind folglich möglichst genau zu ermitteln: „Zu betonen ist, dass nach der hier vertretenen Meinung bei der Auslegung von Rechtsvorschriften auf den historischen Willen abzustellen ist. Demnach muss ein Rechtsetzer jenen Sinngehalt gegen sich gelten lassen, der seiner Äuße-

zung nach Maßgabe von Kommunikationsregeln zu ihrem Entstehungszeitpunkt beizumessen ist. Die Festlegung auf die Ermittlung des historischen Willens wird schon durch das Verständnis von Rechtsnormen als durch Kommunikationsregeln zum Ausdruck gebrachte Willenserklärungen nahegelegt. Denn nur die zum Entstehungszeitpunkt maßgeblichen Umstände können einem Rechtsetzer bei der Erklärung seines Willens als von ihm berücksichtigt zugesonnen werden. In Systemen grundsätzlich abänderbarer Normen – (...) - spricht außerdem für ein Abstellen auf den „historischen Willen“, dass die Aufhebung und Änderung von Rechtsvorschriften grundsätzlich den dafür zuständigen Rechtsetzungsorganen vorbehalten ist. Sofern diese Organe keine Änderung der Rechtslage vornehmen, ist darin ein Einverständnis mit dem Willen und den Wertungen des historischen Gesetzgebers zu sehen.“ (M. Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994)

JM I, Rn. 361c

Genetische Konkretisierung im Primärrecht

Die Texte des Gemeinschaftsrechts unterliegen einer mehrsprachigen Redaktion. Diese liefert für die genetische Auslegung zunächst einmal eine größere Fülle von Material, damit aber auch den Ansatzpunkt für mehr Lesarten. Die Frage, ob darin für die Rechtsarbeit eine Last oder ein Gewinn liegt, wird in der Literatur folgendermaßen beantwortet: „Mehrsprachigkeit ist beides: Last und Gewinn. Die Frage ruft nach einer differenzierten Antwort, wobei an der Tagung selbst die Meinung dominierte, die mehrsprachige Gesetzesredaktion sei – über ihre staatspolitische Bedeutung hinaus – für die Gesetzgebungsarbeit insgesamt ein Gewinn: sie führt dazu, dass der Formulierung von Erlasstexten generell mehr Beachtung geschenkt wird, und hilft, inhaltliche Unklarheiten und Inkongruenzen rechtzeitig zu entdecken. Andererseits kann sie aber auch zusätzliche und mindestens zum Teil willkommene Auslegungsmöglichkeiten schaffen.“ (Mader, L., Die mehrsprachige Gesetzesredaktion: Last oder Gewinn? in: LeGes 2001/3)

Bei der genetischen Konkretisierung ist für die Häufigkeit des Befunds dagegen zwischen dem Primär- und dem Sekundärrecht zu unterscheiden. Im Primärrecht ist zu berücksichtigen, dass die Vorarbeiten zu den Verträgen, soweit überhaupt vorhanden, nicht veröffentlicht sind und damit unter dem Gesichtspunkt eines rechtsstaatlichen Verfahrens nicht verwertet werden können. Aber es gibt von den jeweiligen Regierungen amtliche Erklärungen, die im Ratifikationsverfahren den Parlamenten vorgelegt wurden. Die Heranziehung dieser Materialien wird in der Literatur als Möglichkeit gefordert, um über eine sachliche Kongruenz dieser Erklärungen zu einem einheitlichen Verständnis der Vertragsschließenden zu gelangen. Dementsprechend hat ein Generalanwalt angesichts des Fehlens sonstiger Materialien auf diese Erklärungen Zugriff genommen: Man könne darin die gemeinsame Lesart der Vertragsparteien erkennen, denn es könne einer Regierung nicht unterstellt werden, bewusst abweichende Positionen zu artikulieren. Natürlich will man gerne glauben, dass Regierungen nicht lügen. Als Zurechnungsregel ist dies insoweit plausibel. Auch der EuGH selbst hat in der Rechtssache Humblet auf die Erklärungen der Regierungen zugegriffen. Allerdings hat das Gericht darin gerade keine einheitliche Lesart gefunden. Diese Unergiebigkeit hat sich auch in der Folgezeit gezeigt. Zwar wurden diese Texte zur Bestätigung von Ergebnissen herangezogen, die mittels anderer Konkretisierungselemente gefunden wurden. Aber diese Aussagen haben in der Auslegung des EuGH nie ein großes Gewicht gewonnen. Zu Recht sieht die Literatur die Ursachen darin, dass die Zielrichtung dieser Äußerungen primär innenpolitisch ist, und sie im übrigen mit dem dynamischen Charakter einer stetig wachsenden Gemeinschaft nicht in Einklang zu bringen sind.

JM II, S. 63 f.

Generalklausel

Von der herkömmlichen Lehre werden Generalklauseln, wie alle Rechtsnormen, mit ihren Normtexten identifiziert und gelten nur als besonders allgemein gehaltene oder besonders vage „Normen“. Damit geklärt werden kann, ob sich daraus eine Besonderheit für das Problem der Wortlautgrenze ergeben wird, muss zunächst der Begriff der Generalklausel näher bestimmt werden.

Wird, wie üblich, Generalklauseln ein nur „geringer normativer Gehalt“ zugeschrieben, so erklärt sich das aus der Verwechslung von Normtext und Norm. Die normative Wirkung von Generalklauseln ist grundsätzlich mindestens ebenso groß wie die anderer Vorschriften, sogar ungewöhnlich breit ausgeprägt. Besonderheiten weist hier nicht die Norm auf, wohl aber der Normtext. Insofern müssen auch Aussagen berichtigt werden, Generalklauseln stellen „unvollständige Normen“ oder lediglich „Normfragmente“ dar.

Gegenüber diesen früheren Formulierungen ist klarzustellen, dass Generalklauseln als Rechtsnormen vollständig sind. Ist ein Sachverhalt mit Hilfe einer Generalklausel zu entscheiden, so wird auch hier eine Entscheidungsnorm sowie - zeitlich im Arbeitsprozess vor dieser - eine Rechtsnorm gebildet, die aus Normprogramm und Normbereich besteht. Unvollständig ist bei Generalklauseln nur die Dichte des Normtexts. Als im Fall erst einmal hergestellte Rechtsnormen bieten sie keine besonderen Probleme; sie stellen dagegen insofern höhere methodische Anforderungen an ihre Bildung durch die fallentscheidende Stelle, als die positive Konkretisierungsleistung des grammatischen Elements, die Indizwirkung des Normtexts, hier geringer als üblich ist.

Wenn es so sein sollte, wie traditionell gesagt wird, dass Richter angesichts von Generalklauseln zur Rechts„fortbildung“ gesteigert aufgerufen und berufen sind, dann fragt es sich, worin diese Steigerung ihrer Kompetenz bestehen soll: nur darin, wie immer Rechtsnormen und Entscheidungsnormen zu setzen, dabei aber an einen ungewöhnlich vagen Normtext entsprechend schwächer gebunden zu sein? Oder muss darin eine partielle Delegation an die konkretisierenden Stellen gesehen werden, Sub-Normtexte zu setzen und erst von diesen aus, zusammen mit dem Sachverhalt, Rechtsnormen und Entscheidungsnormen zu entwickeln? Eine Generalklausel könnte Richter - allerdings dann auch sonstige Rechts„anwender“ - de iure ermächtigen, Sub-Normtexte zu schaffen, aufgrund von deren Indizwirkung und in deren Grenzen Rechtsnormen zu bilden und diese zu Entscheidungsnormen zu individualisieren. Es wäre das eine Zwischenform der Rechtsentscheidung auf einer Skala, deren eines Ende durch Entscheidung ohne Normtext (Richterrecht) und deren anderes durch ‚Entscheidung unter akzeptabler Rückführung auf Normtexte‘ bezeichnet ist. Generalklauseln wären dann Ermächtigungsgrundlagen zum Setzen von Sub-Normtexten und zu einer hieran anschließenden ‚normalen‘ Konkretisierung.

Wäre dies richtig, so müsste das Verhältnis des zu bildenden Sub-Normtextes zum vorhandenen Normtext der Generalklausel geklärt werden. Wird dieser so ernst genommen, wie er es als ein Wortlaut des geltenden Rechts verdient und fordert, dann ist kein Grund ersichtlich, von einem Sub-„Normtext“ zu sprechen und nicht vielmehr vom Normprogramm oder einem Teil des Normprogramms der im Ausgang vom Wortlaut zum Beispiel der §§ 242, 826 BGB konstruierten Rechtsnorm. Andernfalls würde der Wortlaut der Generalklausel entwertet; der ‚wahre‘ Wortlaut wäre der vom Richter oder vom sonstigen Rechts„anwender“ gesetzte Subnormtext. Das wäre unzulässig, da auch die Wortlaute von Generalklauseln gleichwertig zum geltenden Recht gehören. Sie sind, wie gesagt, allerdings vager als die üblichen; das ist aber eine Frage auf anderer Ebene. Methodenrelevante Normen, vor allem Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG, verhindern es, den amtlichen Wortlaut generalklauselartiger Vorschriften des geltenden Rechts zu leicht zu nehmen. Davon abgesehen, ist rechtstheoretisch in der Hypothese der Setzung richterrechtlicher Subnormtexte auch kein besonderer Gewinn zu erkennen.

Von der den Richtern übertragenen rechtlichen Entscheidungsmacht her beurteilt, ermächtigt also eine Generalklausel die fallentscheidende Instanz zu nichts anderem als sonstige „Normen“ (recte: Normtexte) auch. Gegen die übliche Vermischung der Begriffe ist das, was als „Generalklausel“ bezeichnet wird, nicht diese selbst, sondern ihr Wortlaut. Der Normtext ist weder selbst Rechtsnorm noch ein begrifflicher Normbestandteil. Darum ist es nicht länger sinnvoll, Generalklauseln als Normfragmente oder als unvollständige Normen zu bezeichnen; dem liegt immer noch die Vermischung von Norm und Normtext zumindest in der abgeschwächten Form zugrunde, den Wortlaut in die Rechtsnorm als deren begrifflichen Bestandteil einzugliedern. Dagegen hat es sich als korrekt herausgestellt, den Normtext, zusammen mit dem Fall, nur als Eingangsdatum des Konkretisierungsvorgangs aufzufassen.

Die Richter setzen demnach auch in solchen Fällen, in denen zu den Eingangsgrößen ihres Arbeitsvorgangs Normtexte gehören, die man „Generalklauseln“ nennt, in methodischer Orientierung an diesen eine Rechtsnorm (Normprogramm und Normbereich) und individualisieren sie abschließend zur Entscheidungsnorm. Die so erzeugten Rechts- und Entscheidungsnormen sind normal, nicht etwa

fragmentarisch. So könnte allenfalls der Wortlaut, der besonders unbestimmt gefasste Rechtssatz, genannt werden. Er ist gesteigert vage, wenn auch auf seine Art vollständig. Von Unvollständigkeit könnte, verglichen mit üblichen Normtexten, nur in zweierlei Hinsicht gesprochen werden: einmal dort, wo vage Wortlaute auf außergesetzliche (nicht notwendig: außerrechtliche) Maßstäbe wie „Treu und Glauben“, „Verkehrssitte“, „gute Sitten“ oder auf naturwissenschaftlich kontrollierbare Standards wie „Stand der Technik“ verweisen. Hierin ist allerdings kein qualitativer, nur ein gradueller Unterschied zu sehen, da auch bei normalen Normtexten Sachbereich und Normbereich zu ermitteln und methodisch zu vermitteln sind; und zwar auch dann, wenn ausdrückliche Verweisungen im Normtext fehlen. Zweitens könnte von einer Unvollständigkeit vager Wortlaute in bezug auf die Dichte der Signale gesprochen werden, die sie dem Rechtsarbeiter zur Verfügung stellen. Sie ergeben für die positive Konkretisierungsleistung des grammatischen Elements (Indizwirkung, nur in den seltenen Grenzfällen echter Subsumtion Bestimmungswirkung) verhältnismäßig wenige Argumente. Überdies haben Generalklauseln einen sehr breiten Sachbereich; und ihr vager Normtext gibt entsprechend weniger Anhaltspunkte dafür, den Normbereich aus diesem zu selektieren. Mit anderen Worten, Normbereich und Sachbereich decken sich hier quantitativ weitergehend als normalerweise; Sachverhalt und Fallbereich stehen dort, wo mit Hilfe einer Generalklausel zu entscheiden ist, ungewöhnlich stark im Vordergrund. Die zu konstruierende Rechtsnorm und die aus ihr individualisierte Entscheidungsnorm sind am Ergebnis der interpretierten Sprachdaten entsprechend weniger exakt kontrollierbar. Anders gesagt, gibt hier der Normtext auch in seiner zweiten Funktion, der negativen Grenzwirkung im Sinn der Wortlaut-Normprogrammgenze, weniger Hinweise als sonst. Die Aussage, eine Rechtsentscheidung sei jedenfalls nicht mehr mit dem Normprogramm (beziehungsweise, in Grenzfällen, dem grammatisch ausgelegten Normtext) vereinbar, wird bei Generalklauseln erheblich seltener gemacht werden können, da sie - hier wie stets - Eindeutigkeit beansprucht.

Konkretisierungsvorgänge solcher Art haben somit nur das Besondere, dass die in ihnen erstellten Rechts- und Entscheidungsnormen von besonders vagen Normtexten ausgehen. Für die Frage nach der Wortlautgenze besagt das nur, dass das Vorliegen einer Dezision (Setzen von Rechts- und Entscheidungsnormen außerhalb jeder Rückführbarkeit auf Wortlaute des geltenden Rechts) hier entsprechend seltener behauptbar, weil methodisch schwerer nachweisbar ist. Trotzdem sind solche Fälle möglich. So könnte sich eine Entscheidung nicht mehr auf § 242 BGB berufen, wenn „Treu und Glauben“, insoweit mit dem vagen Normtext nicht mehr vereinbar, von jedem Element des Vertrauens subjektiv und objektiv abgekoppelt würden, wenn als Faktoren wie Voraussehbarkeit, Gegenseitigkeit, Kontinuität des rechtlichen Handelns der Beteiligten keine Rolle mehr spielten und „Treu und Glauben“ zu einer davon unabhängigen, vom Gericht autoritär umdefinierten Leerformel würde. Unter „guten Sitten“ dürften nicht der Standard der sogenannten Ganovenehre, das Gruppenverständnis der Mafia, die speziellen Glaubensinhalte einer einzelnen Kirche oder Sekte und ähnliches unterstellt werden. „Verkehrssitte“ dürfte nicht jeden Bezug zu empirisch feststellbaren Erwartungs- und Verhaltensmustern innerhalb der betreffenden Rechtsordnung oder des von der Entscheidung berührten Sektors der Gesellschaft verloren haben.

JM I, Rn. 314 ff.

Geringste Belastung

Als Instrument für eine Auswahl aus einem vorgegebenen Bedeutungstableau wird auch über den Vorrang der den einzelnen Bürger am wenigsten belastenden Variante diskutiert. Anknüpfungspunkt ist dabei eine Entscheidung des EuGH, worin es um die Abgabe verbilligter Butter an Sozialhilfeempfänger ging. Während die deutsche und niederländische Fassung einen auf den Namen ausgestellten Gutschein verlangten, ließen andere auch Individualisierungen in sonstiger Weise zu. Eine genaue Analyse kann aber die Anwendung dieser Regel nicht nachweisen: „Dabei wird allerdings deutlich, dass der EuGH hier nicht nur auf dem Boden der grammatischen Methode argumentiert, sondern auch teleologische Aspekte einfließen lässt. Das Urteil ist aus diesem Grund eher ein Beleg dafür, dass sich sprachliche Divergenzen zwischen den Textfassungen allein durch Anwendung der grammatischen Methode nicht auflösen lassen.“ (*Anweiler, J., Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997*) Zwar kann man hier über Einzelheiten streiten. Aber es dürfte sich der Vorzug einer weniger belastenden Regelung wohl aus dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung in Art. 7 und dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EG ableiten lassen. Es wird da-

her im Ergebnis nicht eine abstrakte Regel über die Bedeutungsauswahl angewendet, sondern entsprechend den Regeln der juristischen Kunst systematisch interpretiert.

JM II, S. 25

Gerechtigkeit

Dass materiale Gerechtigkeit ein unverzichtbarer Bezugspunkt für juristische Entscheidungen sei, wird neben Larenz vor allem von Alexy vertreten. Dessen Paradebeispiel ist dabei die Mauerschützenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. In dieser führt das Gericht aus: Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG ist absolut, und seine rechtsstaatliche und grundrechtliche Gewährleistungsfunktion wird durch eine strikte Formalisierung erfüllt. Das strikte Verbot des Art. 103 II GG findet seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche Strafgesetze verdienen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden. An einer solchen Vertrauensgrundlage fehlt es, wenn der Träger der Staatsmacht für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts die Strafbarkeit durch Rechtfertigungsgründe ausschließt, indem er über die geschriebene Norm hinaus zu solchem Unrecht auffordert, es begünstigt und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet. Der strikte Schutz von Vertrauen durch Art. 103 II GG muss dann zurücktreten.

Tatsächlich kommt in dieser Entscheidung der Begriff der materiellen Gerechtigkeit vor. Aber er ist für die Argumentation nicht entscheidend. Alexy versteht die Behauptung des Bundesverfassungsgerichts, das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG sei absolut, dahin, als sei dieser Artikel eine Regel ohne systematische Grenze. Er braucht dann die materielle Gerechtigkeit, um diese absolute Regel einzuschränken. Tatsächlich ist aber die Aussage des Bundesverfassungsgerichts viel unspektakulärer. Es bezieht sich mit der Formulierung „absolut“ nur darauf, dass Art. 103 Abs. 2 GG im Unterschied zum Rechtsstaatsprinzip das Rückwirkungsverbot nicht von einer Abwägung abhängig macht. Damit ist nicht gemeint, dass Artikel 103 Abs. 2 GG eine Regel ohne Grenzen sei. Vielmehr findet das strafrechtliche Rückwirkungsverbot seine verfassungsimmanente Grenze in dem Grundsatz, dass es vor Willkür schützen, nicht aber die Willkür selbst schützen will. Es ergibt sich also aus der systematischen Auslegung und nicht etwa aus der materiellen Gerechtigkeit, dass ein Vertrauen in Gesetze, die nicht demokratisch und rechtsstaatlich zustande gekommen sind, nicht schutzwürdig ist. Die Systematik trägt die Entscheidung und nicht etwa ein philosophischer Gerechtigkeitsbegriff.

Die Liberalismus-Kommunitarismus Debatte der letzten Jahre hat Gerechtigkeit wieder zum Modethema werden lassen. Bedeutung und Wert dieser Diskussion sollen hier nicht näher bestimmt werden. Gerechtigkeit ist im vorliegenden Zusammenhang nur als methodische Größe zu untersuchen. Und dazu lässt sich nicht verschweigen, dass die neue Gerechtigkeitsdebatte auch zu einer Wiederbelebung ihrer Lückenbüßerfunktion in der juristischen Methodik geführt hat. Diese Rolle als Lückenbüßer ergibt sich aus dem zähen Festhalten der herkömmlichen Methodenlehre am Modell der Gegenstandserkenntnis. Die Arbeit der Gerichte wird dabei nicht als eine durch sprachliche Begründungszwänge erschwerte Ausübung staatlicher Gewalt bestimmt. Vielmehr ist diese Tätigkeit in der Konsequenz der Tradition vom Bezug zu Gewalt und Verantwortung begrifflich gereinigt und als reine Erkenntnis der objektiv vorgegebenen Gegenstands Recht bestimmt. Die verzweifelte Suche nach diesem Gegenstand bringt dann eine sich ständig verlängernde Kette von Ersetzungen hervor. Zunächst wird das der Erkenntnis vorgegebene Recht wissenschaftsgeschichtlich nacheinander im Text des Gesetzes, in der Bedeutung der Sprache, in der Struktur des Verstehens oder in der stabilen Interpretationsgemeinschaft gesucht. Jede dieser Bestimmungen ist aber, gemessen an den Anforderungen der Praxis, als Determinationsgrundlage für das richterliche Sprechen unvollständig und fordert so die Ergänzung durch ein weiteres Supplement. In der Gerechtigkeit schließlich sollen diese Verkettungen ihren Abschluss finden.

Diese Rückzugsbewegung des Rechtserkenntnismodells vom Gesetz in immer weniger greifbare Sphären wiederholt sich in Ansätzen, welche die „Ergebnisse“ der neuen Gerechtigkeitsdiskussion mit den Elementen der von Larenz entwickelten traditionellen Wertungsjurisprudenz verbinden wollen. Programmatisch ist dabei der Titel „Die Rechtsfindung contra legem“, wonach sogar noch dem richterlichen Gesetzesbruch ein Gegenstand der Rechtserkenntnis unterschoben werden soll. Die Dramaturgie des Rührstückes entfaltet sich in drei Akten: im ersten treten die Schurken Relativismus und

Nihilismus auf und werfen ihre dunklen Schatten auf die stabil und gesichert scheinende Existenz des Rechts. Im zweiten kommt es zur Krise, worin der Gegenstand der Rechtserkenntnis aufs höchste bedroht erscheint. Aber dann im dritten Akt wird unser Gegenstand zuguterletzt von der Idee der Gerechtigkeit gerettet.

Dieser letzte Akt der Rettung des Rechts nimmt streng nach der Vorgabe der Klassik seinen Ausgang von Artikel 20 III: „Artikel 20 GG bildet die materiale Ergänzung zum rein formalen Justizgewährungsanspruch, indem die Rechtsprechung an das ‚Recht‘, im Sinne von nicht positiverter Gerechtigkeit gebunden wird.“ Die eigentlich auf das Gewohnheitsrecht bezogene Formulierung ‚Recht‘ wird hier zur materialen Ergänzung überhöht. Aber die angebliche Notwendigkeit dieser Ergänzung ergibt sich erst aus der gewaltsamen Reduktion der Rolle des Gesetzes. Dieses soll den Richter nur dort binden, wo es in seinem eindeutigen Wortlaut den Leitsatz der anstehenden Entscheidung schon vorgibt. Aus dieser jeden praktisch sinnvollen Anwendungsbereich ausschließenden Definition der Gesetzesbindung leitet sich der Begriff der „Lücke“ ab. Die Lücke wird dann mit der Vorstellung eines regelungsleeren Raums verbunden, dessen Grundriss daraus entsteht, dass man zunächst die Konkretisierungsfunktion des Gesetzes auf den eindeutigen Wortsinn einschränkt.

Wenn die Strukturierende Rechtslehre demgegenüber von der funktionellen Geschlossenheit der Rechtsordnung im Sinn einer Ergänzung von materiellen Regeln durch Prozessrecht ausgeht, zieht sie aus der Sicht dieses Ansatzes den Vorwurf auf sich, dass der Richter im gesetzesfreien Bereich ohne jede objektive Legitimationsvoraussetzung entscheiden müsse. Daran ist mehreres falsch: einmal reduziert die Strukturierende Rechtslehre die Konkretisierungsleistung des Gesetzes nicht auf den eindeutigen Wortlaut und braucht deshalb einen „gesetzesfreien“ Bereich richterlichen Entscheidens gar nicht erst anzunehmen. Zum ändern hat der Richter auch im Bereich des Gesetzes keinen objektiven Rechtsgegenstand als vorgegebene Legitimationsgrundlage, sondern muss diese Legitimation durch Begründung der geschaffenen Rechtsnorm erst herstellen. Für die Strukturierende Rechtslehre ist ein Urteil eine Entscheidung, die zwar durch Anschlusszwänge im juristischen Sprachspiel erschwert wird, die aber niemals als technische Anwendung einer Erkenntnis des objektiv vorgegebenen Rechtsgegenstandes verstanden werden kann. Der Gesetzgeber und die Gerichte sind also strukturell gekoppelt. Das heißt, gesetzgeberische Vorgaben in Form von Normtexten können in Verbindung mit den Vorschriften des Verfahrens und den sprachlichen Anschlusszwängen und Begründungslasten den Entscheidungsvorgang zwar rechtsstaatlich irritieren, aber nicht substantiell vorab determinieren.

Die alte Auffassung will demgegenüber Gesetz und Entscheidung linear kausal miteinander verknüpfen. Das richterliche Sprechen soll auf dem Weg über die Erkenntnis eines präexistenten Gegenstandes determiniert werden; und dort, wo das Gesetz diese Determination nicht leisten kann, soll etwas anderes einspringen. Die Vorstellung, das juristische Handeln funktioniere nach dem Modus der Gegenstandserkenntnis, führt so zur Figur der Lücke und diese zur Ersetzung des Gesetzes durch die Gerechtigkeit. Die Rechtsordnung ist von außen, gemessen am gesellschaftlichen Regelungsbedarf unvollständig; aber von innen zugleich vollständig, weil nur der normativ anerkannte Regelungsbedarf der Gesellschaft juristisch relevant ist und die richterliche Entscheidung immer nur am geltenden Recht gemessen werden kann. Von einer „Lücke“ kann man dagegen nur sprechen, wenn man ein Problem entgegen dem Gesetz als regelungsbedürftig ansieht. Dies lässt sich dann begründen, wenn man einen norm transzendenten Maßstab von Gerechtigkeit heranzieht, der so im Gesetz gerade (noch) keinen Ausdruck gefunden hat.

Schon der Begriff der „Lücke“ setzt einen für den Richter verfügbaren Bezug zur „Gerechtigkeit als überpositives Prinzip voraus. Dieser schon dem Begriff eigene Bezug zur gesetzestranszendenten Gerechtigkeit dient nun auch zur hastigen Auffüllung des Leerraums. Die „Lücke“ ist für die herkömmliche Theorie „Quelle“ für ein Mehr an Recht, welches sogar das geschriebene Gesetz soll korrigieren können.

Es ist die praktische Unmöglichkeit, das Modell einer linear kausalen Determination richterlichen Sprechens durch das Gesetz einzulösen, welche die alte Schule zur Entwicklung einer dualistischen Konzeption der Rechtsarbeit zwingt. Danach gibt es einerseits die festen Regeln des Gesetzespositivismus, welche die Reichweite der Gesetzesbindung definieren; und andererseits einen Bereich der Rechtsfortbildung, in dem die Regeln des Gebrauchs gesetzlicher Begriffe erst hergestellt werden müssen. Mit der Behauptung einer noch hinter dem Gesetzestext liegenden zweiten und höherrangigen Ordnung der Gerechtigkeit soll der Bereich der Rechtsfortbildung aber schließlich doch wieder in

ein Subsumtionsmodell auf erweiterter Grundlage eingeschrieben werden. Damit bleibt die herkömmliche Auffassung im paradigmatischen Rahmen der vom Gesetzespositivismus entwickelten statischen Rechtsanwendungslehre. Die dynamischen Prozesse der Rechtsverwirklichung gelten nur als vordergründiges Gewimmel, hinter dessen scheinbarer Zufälligkeit für den Kenner die gerechte Ordnung sichtbar wird.

Die richterliche Tätigkeit wird damit in die beschützende Werkstatt des Rechts eingeschlossen. Hier ist es dem Richter erlaubt, was immer die Parteien auch einwenden mögen, den objektiv vorgegebenen Ansprüchen höherer Art beizupflichten. Dies ist eine außergewöhnliche Sicherheit in einer Welt, die sich ansonsten ständig verändert. Für diese Sicherheit ist die Gerechtigkeit unverzichtbar.

Schwierig ist nur der inhaltliche Aufweis dieser vorgegebenen Ordnung. In der juristischen Literatur treten zahlreiche Kandidaten auf. Meistens werden die „Maßstäbe der praktischen Vernunft“ herangezogen und je nach Gusto ergänzt, bestätigt oder korrigiert durch die sogenannten fundierten Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft.²⁸⁴ Schon dieser Plural deckt die Probleme auf. Weder die praktische Vernunft noch die Gerechtigkeitsvorstellungen sind in einer pluralistischen Gesellschaft hinreichend homogen, um zu garantieren, dass sich ihre Bezeichnungen gegen einen jeweils einzigen konkreten Sinn umwechseln lassen. Wenn aber auch diese Größen sich im Sprechen verändern, ihre ruhige Identität gegen eine Vielheit der Bedeutungserklärungen eintauschen müssen, dann gleitet « das ganze, scheinbar feste und geschlossene System in die Unverbindlichkeit.

Das kann auch gar nicht anders sein. Denn eine einzelne begriffliche Struktur ist als letzter Ankerpunkt für das Handeln des Richters notwendig überfordert. Der Begriff der Gerechtigkeit wird in der Rolle des transzendentalen Signifikats den einander widersprechenden praktischen Anforderungen ausgesetzt, einerseits das richterliche Sprechen von außen zu determinieren und andererseits im Innern dieses Sprechens benennbar zu sein.

Der aporetische Charakter dieser Doppelaufgabe wird deutlich, wenn man die Gerechtigkeit zunächst in ihrer Rolle als äußere Kontrollinstanz betrachtet. Die dem Wechsel des Ausdrucks entzogene reine Bedeutung soll garantieren, dass der Wortlaut des Gesetzes gegenüber der Flut divergierender Interpretationen seine semantische Identität wahrt. Nur so lässt sich dem richterlichen Sprechen eine sichere Determinationsgrundlage verschaffen. Um aber ihre Kontrollfunktion sicherzustellen, müsste die Gerechtigkeit für den einzelnen Richter jeweils erkennbar, bestimmbar und so auch benennbar sein. Damit ist das Grundproblem der Gerechtigkeitsargumentation in der juristischen Methodik erreicht: Das Zentrum einer Struktur ist der Punkt, an dem eine Ersetzung oder ein Austausch der Elemente untersagt ist, weil von diesem Punkt aus (hier: „die Gerechtigkeit“) die gesamten Austauschbeziehungen des Systems reguliert werden sollen. Das Zentrum muss sich also, wenn es das System steuern will, dem Spiel seiner Elemente entziehen. Einerseits muss es also außerhalb der Totalität des juristischen Diskurses liegen, andererseits aber für den Richter als konkreter Maßstab verfügbar sein. Beide Anforderungen lassen sich nicht gleichzeitig erfüllen. Jedes Aussprechen und Bestimmen „der“ Gerechtigkeit substituiert lediglich die reine Bedeutung durch eine Kette von Zeichen, so dass das Zentrum nacheinander verschiedene Namen und Formen erhält. Der vorgebliche Mittelpunkt wird damit selber dem Spiel der Ersetzung unterworfen, das er doch als reiner und mit sich selbst identischer Punkt beherrschen und kontrollieren sollte.

Der Versuch, die Rechtsanwendung mittels einer wie immer bestimmten Konzeption von Gerechtigkeit zu binden, scheitert schon an der Unvereinbarkeit der geschilderten Doppelanforderung. Damit bleibt der Rechtsarbeiter bei der Arbeit am Text zum Zweck einer Entscheidung unlösbar ins Sprachgeschehen verstrickt, ohne auf eine letzte Garantie Zugriff nehmen zu können. Doch genau diese Auflösung des unangemessen verdinglichten Begriffs der Gerechtigkeit macht die Gerechtigkeit als Problem erst wieder sichtbar: Sie taugt nicht als Lückenbüßer für die juristische Methodik oder als Deduktionsgrundlage für selbstgerechtes Moralisieren. Sie taugt einzig als Stachel, der gerade dem guten Richter sein entsprechendes Gewissen raubt. Gleichgültig, ob sich dieser mit seiner Entscheidung auf die Seite der Regel oder auf die des Einzelfalls schlägt, die Gerechtigkeit ist jedenfalls noch nicht verwirklicht.

Als Begriff kann die Gerechtigkeit also aufgelöst werden, als Problem aber ist sie unhintergebar. Und dieses Problem erfordert als Tugend nicht die Rechthaberei moralischen Ausformulierens und Banali-

sierens, sondern die Genauigkeit, welche auch in der alle Begründungslasten erfüllenden Entscheidung noch den Rest nichtlegitimierter Gewalt sichtbar macht.

JM I, Rn. 142 ff.

Gesetz und Recht

Die Aufforderung an die Gerichte, unter Zugriff auf die Gerechtigkeit zu judizieren, wird gemeinhin mit Art. 20 Abs. 3 GG und der darin enthaltenen Wendung "Gesetz und Recht" begründet. Tatsächlich wird diese Formel, welche keinen eigentlichen Vorläufer kennt, aus der Erfahrung des nationalsozialistischen Unrechts nur zu verständlich. Nachdem dieser Normtext zunächst zum Ansatzpunkt für weitgehende naturrechtliche Spekulationen wurde, sah er sich nach der Konsolidierung der Bundesrepublik in seiner Interpretation abgeschwächt. An die Stelle einer die Gesetzesbindung aushöhlenden naturrechtlichen Interpretation trat als Gegengift zunächst die Auslegung von „Recht“ als Gewohnheitsrecht. Die Systematik lässt ein solches Verständnis zu. Es ist allerdings wenig wahrscheinlich, dass sich die Funktion dieser Wendung darin erschöpft. Denn die allgemein anerkannte Bindungswirkung des Gewohnheitsrechts bedarf keiner Hervorhebung an einer solch zentralen Stelle der Verfassung, wie sie Art. 20 darstellt. Als weitere Funktion des Art. 20 Abs. 3 GG wird deswegen oft die Anordnung einer Bindung an Präjudizien genannt. Gegen dieses Verständnis wird häufig eingewandt, dem kontinental-europäischen Rechtskreis sei eine Bindung an richterliche Präjudizien fremd. Tatsächlich muss bei der Frage einer Bindung an Vorentscheidungen eine normtextähnliche Bindung von einer nur argumentativen unterschieden werden. Eine Bindung an den Normtext kann durch bessere Argumente nicht überwunden werden, eine argumentative Bindung dagegen schon. Unter der Geltung des Grundgesetzes kommt nun aber nur eine argumentative Bindungswirkung von Präjudizien in Betracht. Daraus wird nun folgende Kritik abgeleitet: "Deutet man den Ausdruck Recht in Art. 20 Abs. 3 GG als Präjudiz, müsste man zudem im Grunde eine unbedingte Bindung annehmen, ansonsten ließe die Norm den Richter im Unklaren über den jeweiligen Bindungsumfang." (Hoffmann, B.: Das Verhältnis von Gesetz und Recht, Berlin 2003) Diese Kritik überzeugt allerdings nicht. Art. 20 Abs. 3 unterscheidet gerade „Gesetz“ und „Recht“. Wenn man „Recht“ danach als konkretisiertes Gesetz versteht, bleibt für eine Unterscheidung im Bindungsmaßstab durchaus Raum.

Die Schwierigkeiten der bisherigen Interpretation von Art. 20 Abs. 3 zeigen, dass es nicht sinnvoll ist, die Wendung "Recht" im Rahmen des herkömmlichen Modells einer Gegenstandserkenntnis zu interpretieren. Das Recht ist ebenso wenig wie das Gesetz ein der Erkenntnis vorgegebenes Ding. Erst im Rahmen eines Modells richterlicher *Rechtserzeugung* kann die Unterscheidung von „Gesetz“ und „Recht“ als Hinweis auf verschiedene Konkretisierungsstufen innerhalb der rechtstaatlichen Textstruktur verstanden werden. Das Gesetz als Normtext muss vom Richter zur Rechtsnorm konkretisiert werden. Die Bewegung von der abstrakten Stufe des anordnenden Textes zu seiner konkreten Stufe wird durch die Notwendigkeit erschwert, beide Stufen durch einen rechtfertigenden Text zu verbinden: die Begründung. Innerhalb der Begründung kann dann die argumentative Bindung durch die Vorentscheidung als an ein schon zu Recht konkretisiertes Gesetz ihren Platz finden.

Der Strukturierenden Rechtslehre wird vorgehalten, mit ihrer Interpretation im Rahmen eines Rechtserzeugungsmodells dem „Recht“ im Sinn des Art. 20 Abs. 3 wenig eigenständigen Sinngehalt beizumessen. Ihre Position laufe auf eine Gleichsetzung von Gesetz und Recht hinaus, welche den weiter gehenden Sinngehalt der Wendung „Recht“ und seine gegen gesetzliches Unrecht gewendete appellative Aufgabe verkenne. Eine Gleichsetzung von „Gesetz“ und „Recht“ nimmt die Strukturierende Rechtslehre aber gerade nicht vor, indem sie beide als *unterschiedliche Stufen in der rechtstaatlichen Textstruktur* versteht. Wie steht es aber um die appellative Funktion?

Die Vertreter einer Gleichsetzung von „Gesetz“ und „Recht“ wenden sich gegen das naturrechtliche Verständnis des Rechts als höherem, dem Gesetz übergeordneten Erkenntnisgegenstand. Dieses Ziel verfolgt auch die Strukturierende Rechtslehre. Unterschiede zeigen sich allerdings in der Begründung: "Die Tautologen machen geltend, dass Gesetz und Recht unter der Geltung des GG dasselbe bedeuten und miteinander versöhnt erscheinen, da die Verfassungsordnung selbst genügend Sicherungen für eine materiell verstandene Gerechtigkeit bietet. Für die Verwirklichung von Gerechtigkeit sorgen u. a. die Verankerung der Menschenwürde sowie das Bekenntnis zu den Menschenrechten in Art. 1 GG, der durch Art. 79 Abs. 3 GG besonderen Änderungsschutz besitzt, der Grundrechtskatalog einschließ-

lich der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG und darüber hinaus unter prozeduralem Aspekt die Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens und die Möglichkeit der Normenkontrolle. Mit Blick auf die genannten grundgesetzlichen Vorkehrungen wird vertreten, dass unter der Geltung des GG Legalität Legitimität indiziert." Tatsächlich spricht gegen eine rein tautologische Interpretation der Gleichsetzung von „Recht“ und „Gesetz“, dass Legitimität kein statischer Begriff ist. Sie ist nicht ein Zustand, den eine Rechtsordnung ein für alle Mal erreicht. Vielmehr ist Legitimität eine dynamische Vorstellung, die anzeigt, dass es einer legalen (also tatsächlich funktionierenden) Rechtsordnung gelingt, das Problem der Gerechtigkeit diskursiv offen zu halten.

Ausgangspunkt des Rechts ist der Konflikt. Dieser beginnt als Widerstreit, das heißt, als praktischer Konflikt ohne Erklärung außerhalb von Rechts- und Tauschverhältnissen: "Was diesen Zustand anzeigt, nennt man normalerweise Gefühl. 'Man findet keine Worte' usw." Streng genommen kann man ihn nur in der ersten Person formulieren, in der dritten wäre er schon objektiviert: "Der Widerstreit ist der instabile Zustand und der Moment der Sprache, in dem etwas, das in Sätze gebracht werden können muss, noch darauf wartet."

Aus dieser Situation erwächst das Problem des Rechts: "Jedes Unrecht muss in Sätze gebracht werden. Eine neue Kompetenz (oder Klugheit) muss gefunden werden." In die erste Person wird damit eine objektivierende Instanz eingeführt, welche zwischen den beiden Konfliktparteien vermitteln soll.

Wie man heute klarer sieht, lässt sich die Grenze eines Systems innerhalb seiner selbst nicht formulieren, ohne als Grenze aufzuhören. Dies macht den Auftrag des Rechts, das vom Kläger gefühlte Unrecht zu formulieren, so schwierig: "Syntax und Vokabular der Sprache des Rechts sind bekanntlich jeweils begrenzt, jedenfalls explizit und streng geregelt. Ich muss ein Unrecht, von dem ich meine, dass es mir widerfahren sei, rechtlich namhaft machen und als Normverletzung darstellen können, andernfalls ist es nicht justizabel; d. h. es ist rechtlich nicht existent. Nun ist jede wirkliche Sprache des Rechts (Syntax und Vokabular, Verfahrensregeln und Tatbestandsmerkmale) 'gesetzt'. Gewöhnlich ist sie durch die Herrschenden gesetzt, oder sie haben sie sich jeweils durch Auslegung angeeignet. Zwangsläufig werden dabei aber denkbare Tatbestände ausgegrenzt, weil sie in der Sprache des geltenden Rechts (hier und heute) nicht darstellbar sind. Wenn nun ein Konflikt unter dem Gesetz zur Entscheidung ansteht, d. h. vor Gericht verhandelt wird, dann wird wohl nach den Regeln der geltenden Grammatik des Rechts argumentiert, und zwar über alles, was das Gesetz als mögliche Tatbestände zu erfassen erlaubt, nicht aber über das Gesetz selbst. So wird am Ende ein Konsens hergestellt, der dem Gesetz Genüge tut, unabhängig von der Frage, ob er dem Anliegen der Parteien 'gerecht' wird." Das Unrecht bleibt also als Gegenüber des Gesetzes erhalten.

Es stellt sich die Frage, ob damit nicht die Möglichkeit einer begründeten Rechtsentscheidung verloren geht. Ohne den letzten Grund eines Gerechtigkeitsbegriffs, der das Unrecht endgültig fixiert, könnte das Recht zum amorphen Patchwork ohne totalisierende Effekte werden. Eine Gesellschaft, in der sich auf Grund der Abwesenheit von Fundamenten nichts regeln lässt, wäre eine Gesellschaft ohne Recht. Aber auch umgekehrt wäre eine Gesellschaft, in der sich aus dem letzten Grund des Gerechtigkeitsbegriffs alles herleiten lässt, eine Gesellschaft, in der alles schon vorentschieden wäre. Darin zeigt sich, dass es gerade die Leerstelle der Gerechtigkeit ist, welche die Begründung von Recht ermöglicht. Der Begriff rückt damit von der Position des Grundes in die des Horizonts. Erst das Fehlen des letzten Grundes ermöglicht die Begründung von Entscheidungen.

So wird das Recht zum „Ethyem“, d.h. ihm fehlt der letzte Obersatz. Und doch müssen ständig unzulängliche Stellvertreter formuliert werden. *Gerechtigkeit* ist damit nicht mehr als die immer wieder eröffnete Möglichkeit, den Widerstreit auszutragen. Als Ziel sowohl unerreichbar als auch unverzichtbar, ermöglicht sie den Weg des Rechts. Die über das Gesetz erfolgende Unterscheidung von Recht und Unrecht ist niemals endgültig. Dies ist die appellative Aufgabe der Wendung „Recht“ in Art. 20 Abs. 3 GG. Sie ist der Stachel, welche die praktische Rechtsarbeit darauf aufmerksam macht, dass die Legitimität einer Rechtsordnung niemals ein endgültig erreichter Zustand ist.

JM I, Rnn. 142 ff.

Gesetzesbindung, Hypertext

In diesen muss der Jurist für die vielfältige Kompilierung auf dem Weg zu seinem eigenen Entscheidungstext eintauchen. Aufgrund der Bindungen und Verpflichtungen, denen er dabei unterworfen ist, wird er für sein Prozessieren von Text in der Umgebung von Hypertext zwangsläufig „Leser“ und „Autor“ zugleich. Er ist einerseits gehalten, seinen Text aus der Textmasse, mit der er konfrontiert ist, zu „finden“. Zugleich kann er aber nicht „zu diesem“ finden, ohne ihn durch die Auswahl der Knoten, durch die Zugriffe, die er setzt, und durch deren Verknüpfung gemäß den Anforderungen des Falls zu „erfinden“. Auf den Punkt gebracht, hat er genau jenen Text zu erstellen, auf dem seine Entscheidung des Falles bzw. seine Rechtsmeinung beruhen soll. Er ist also in der dilemmatischen Situation, für sich erst das schaffen zu müssen, dem er für seine Anordnung und Strukturierung von Text zu folgen hat. Der Jurist ist bei seinem Navigieren im Hypertext Recht zugleich Steuermann und Kartograph, indem er Texteme aufhäuft und ihnen eine Ordnung einzieht. Damit er dem Kurs vom Normtext zum Fall folgen kann, muss er ihn selbst erst abstecken, indem er ihm durch seine Verweise die Marken und Zeichen setzt. Aufgrund der Gesetzesbindung hat er für seinen Entscheidungstext auf der einen Seite entsprechende Knoten aufzusuchen, so weit wird er Rezipient sein. Aber durch die Frage, *welche* die für seine Entscheidung einschlägigen Knoten sind, wird er zugleich Produzent. Die Antwort auf diese Frage, die sich dann im Text der Entscheidungsnorm niederschlagen soll, verlangt von ihm, jene Knoten in eine für den Fall bestimmte Konstellation zu bringen. Er hat also für seine Navigation vom Fall her ein System von Verweisen zu entwickeln und sie in einer diesen Fall betreffenden Weise zu verweben. Bei dieser Arbeit ist er aber auch schon wieder Rezipient. Denn die Verpflichtung darauf, dem Einzelfall gerecht zu werden, wie sie sich etwa im Anspruch auf rechtliches Gehör bindend niederschlägt, zwingt den Juristen, sich auf die Fülle von Text einzulassen, mit der ihn die Beteiligten am Verfahren konfrontieren: auf all die Vorträge, Anträge, Einlassungen und Schriftsätze, die vorgebracht werden und die ihrerseits eine Vernetzung zum Text der Rechtsfrage verlangen.

In alldem schlägt sich textuell nichts anderes nieder als die hier schon besprochene rechtstheoretische Figur des Richters als eines Gesetzgebers zweiter Stufe; wobei das in gewisser Weise auch noch andere Verfahrensbeteiligte betrifft, sofern sie etwa als Anwälte ein entsprechendes normatives Geflecht prädisponieren und diesen Vorgriff als die Entscheidung des Streitfalls durchzusetzen gedenken. Nur fehlt ihnen, anders als dem Richter, die amtliche Autorität, das auch durch die Ausfertigung eines Urteils gültig zu vollziehen.

Abermals deutet sich im Problem die Lösung an. Die Figur des Gesetzgebers zweiter Stufe weist auf die Position hin, in der der Jurist als Kompilator von Rechtstext steht. Er ist *gegenüber den Normtexten* in eine Nachrangigkeit gesetzt. Denn der Richter wird auf diese in ihren Adressierungen entsprechend ausgezeichneten Knoten im Hypertext Recht in zweifacher Weise verpflichtet. Zum einen hat er auf sie und auf keine anderen Texte primär zuzugreifen: er hat sich an das geltende Gesetz zu halten und nicht etwa Rat in den Büchern Moses' oder im Koran zu suchen. Zum zweiten hat er seinen eigenen Entscheidungstext auf eine hierarchische Anordnung hin zu orientieren, indem er die Normtexte als übergeordnete Knoten setzen muss, von denen aus er die Fäden seiner Verweise spinnt. All dies stellt ihn als Verfasser von Recht in das zweite Glied. Aber als ein kreativer Autor ist er unumgänglich. Der Text, in dem das Recht des Falles zu sein hat, ergibt sich nicht von selbst. Der Jurist produziert ihn durch eben jene Strukturierungsarbeit, deren Maßstäbe, Regularien und Prinzipien ihm durch die methodenbezogenen Normen der Verfassung und durch Prozessrecht auferlegt sind. Kurz gesagt, hat er also seine Navigation entlang einer ihm aufgegebenen Ordnung aufzubauen; aber das kann nur er für die jeweilige Entscheidung tun.

Gegen einen anarchischen Freilauf der Vernetzung, den Recht als Hypertext zunächst einmal unweigerlich lässt, wirken alle sich aus dem Prinzip der demokratischen Rechtsstaatlichkeit ergebenden Anforderungen der Verfassung als in (letztinstanzlicher) Rechtsprechung selbst immer wieder kompilierte, entwickelte und in Umlauf gesetzte methodische Vorgaben; wirken auch die Regeln juristischer Kunst, die sie zu Instrumenten der Praxis umsetzen, ebenso wie auch Methodik und Kritik aus der Wissenschaft, wobei diese Beiträge wiederum in einer bestimmten Rangordnung der Verbindlichkeit stehen. Das Gefüge normativ methodischer Weisungen ist durch die rechtliche Verpflichtung darauf einer freien Vernetzung entzogen. In seiner Wirkung ist es jenen Orientierungssystemen vergleichbar, die dem Prozessieren von Lektüre in Hypertext aufsitzen und die (bei der Generierung von Text aus dessen Angebot) auszurichten, „einzuordnen“ vermögen. Am deutlichsten zeigt sich das an den klas-

sischen Canones. Denn diese haben sich nicht von ungefähr seit langem bewährt. Sie zeichnen ein navigatorisches Ensemble für den Weg zur Rechtsentscheidung vor. Dieser Weg ist vom Juristen einzuschlagen, wenn er sich unter rechtsstaatlichen Vorgaben will rechtfertigen können.

JM II, S. 198 ff

Gesetzesbindung, Verfassung

Das integrale Modell der Strukturierenden Rechtslehre kann im Unterschied zu nur additiven Modellen die juristische Argumentation innerhalb des Gesetzes und der von Art. 97 Abs. 1 GG statuierten Gesetzesbindung begreifen. Durch die Unterscheidung von verschiedenen Textstufen wie: Normtext, Normprogramm, Normbereich, Rechtsnorm und Entscheidungsnorm kann sie die juristische Argumentation auch von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturieren, kontrollierbar machen. An die Stelle einer abstrakten philosophischen Rationalitätsanforderung tritt damit die relative, aber juristisch konkrete Rationalität eines gewaltenteilenden und demokratischen Rechtsstaats.

Das Gesagte folgt aus der Natur der Jurisprudenz als einer praktischen Wissenschaft. Rechtswissenschaft darf im demokratischen Rechtsstaat auf optimale Diskutierbarkeit ihrer Ergebnisse und Begründungsweisen nicht verzichten. Auch als einer Normativwissenschaft ist ihr die Intention zur (nur rational zu leistenden) Allgemeingültigkeit aufgetragen. Die Forderung möglichst weitgehender Rationalität der Rechtsbildung folgt aus der Unmöglichkeit ihrer vollständigen Rationalität; eine solche anzunehmen hieße, den Entscheidungs- und Wertungscharakter von Recht zu verkennen. Dieses Eingeständnis umschreibt das Feld des Möglichen. Ohne die Ernüchterung rationalistischen Überschwangs könnte sich Ideologie unumgrenzt, unkontrolliert entfalten. Dagegen muss im demokratischen Rechtsstaat das Ergebnis der Normkonkretisierung nicht nur in seiner Richtung deutlich werden, sondern auch in der juristischen Qualität seiner Einzelmomente, nach seinen rechts-, Staats- und verfassungstheoretischen Voraussetzungen, nach den Schritten des realen Entscheidungsvorgangs und nach den verwendeten Maßstäben; aber auch nach den im einzelnen nicht rationalisierbaren Wertungen, Überzeugungen oder Abwägungen, soweit solche das Urteil (mit)tragen. „Maximale“ Rationalität erhellt ihr eigenes Vorgehen möglichst redlich; „optimale“ Methodenehrlichkeit provoziert im nachprüfenden juristischen Bewusstsein möglichst wenig pauschale Wertungen. Damit ist kein utopischer Perfektionismus gemeint, sondern eine Darstellung der Konkretisierungsvorgänge, welche die ihnen zugrundeliegende Anstrengung der Vermittlung von Sachverhalt, Normtext, Normprogramm, Normbereich mit den Mitteln juristischer Methodik auch in ihrer Begrenztheit offen legt, statt sich hinter sekundär und zielbewusst eingesetzten, pauschal bezeichnenden oder unter falscher Flagge segelnden rhetorischen Argumenten zu verschanzen.

Geschichtlich-politischer Sinn einer Verfassung ist es, bestimmende Grundordnung eines bestimmten Gemeinwesens einschließlich seiner divergenten Kräfte zu sein. Verfassungsrecht ist positives Recht. Der allem Recht innewohnende (wenn es auch nicht voll definierende) Entscheidungscharakter wird in diesem Bereich besonders fühlbar. Eine Verfassung muss sich aus den Auseinandersetzungen der Gegenwart und Zukunft nicht „neutral“ heraushalten. Mit den Mitteln des Rechts bezieht sie Stellung, errichtet sie Grenzen, bezeichnet sie Markierungen - und das mit strukturell und funktionell wechselnden Graden normativer Dichte. Verfassungsrecht betrifft die Begründung des staatlichen Gemeinwesens und seiner Rechtsordnung im ganzen. Seine Vorschriften sind durch ranghöhere Rechtsnormen nicht abgesichert. Seine Regelungsbereiche sind weitmaschig, fundamental, „politisch“, geschichtlicher Veränderung in erhöhtem Maß ausgesetzt. Sie sind in besonders geringem Grad rechtserzeugt, besonders wenig durch detaillierte rechtliche Traditionen vorgeprägt. Die Verbindung solcher struktureller „Offenheit“ mit dem normativen Zweck der Begründung des Gemeinwesens und der gesamten Rechtsordnung macht die spezifischen Schwierigkeiten verfassungsrechtlicher Normsetzung und Normkonkretisierung verständlich. Ebenso deutlich ist die Notwendigkeit, eine von der rechtsgeschichtlichen, der rechtstheoretischen, der zivil- und strafrechtlichen Methodik in Einzelheiten graduell abgehobene Methode des Verfassungsrechts zu entwickeln, die sich an diesen Schwierigkeiten orientiert. Liberal-rechtsstaatliches und demokratisches Verfassungsrecht hat in Deutschland eine noch kurze Geschichte. Noch kürzer ist die Tradition deutscher Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Mangel an vorgeformten und insoweit eine Basis für neue Entwicklungen bildenden Rechtsfiguren und Entscheidungsmustern wird verfassungsrechtliche Methodik in allen Bereichen der Konkretisierung und nicht

zuletzt in Verfassungsgerichtsbarkeit und Wissenschaft noch weiter prägen. Verfassungsrecht, Verfassungsgesetzgebung und -konkretisierung haben dieser Lage zum Trotz die Aufgabe, die politische Einheit des staatlichen Verbands zu aktualisieren, Grundlagen und Maßstäbe für Normsetzung und Normverwirklichung in der unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung zu liefern und neben dieser Garantie von Legalität auch die Erzeugung, Anerkennung und Erhaltung von Legitimität im Sinn des inhaltlich akzeptierten „Richtigen“ des Sozialverbands zu gewährleisten.

JM I, Rnn. 21 f., 101, 110, 120, 159, 257, 270, 270, 291 f., 301, 312, 407, 427, 538 ff., 565

Gesetzesbindung

Der Streit um Interpretation und Gebrauch von Texten ist alles andere als ein müßiges Spiel. Die zugrunde liegenden moralischen, politischen und philosophischen Fragen sind zwar in der Literaturwissenschaft und der Sprachphilosophie nicht immer leicht zu entdecken. In der Jurisprudenz dagegen geht es um Gewalt; um richterliche und um sonstige Entscheidungsgewalt, verbunden mit Texten. Die Brisanz von Kontroversen liegt hier klar zutage. Für die Bürger, die sich mit ihren Konflikten in die Hand des Gerichts geben, wird Interpretation und Gebrauch von Rechtstexten zum höchst praktischen Problem. Es stellt sich von Anfang an: professionelles Umformulieren der „lebensweltlichen“ Fallerszählung in den juristischen Sachverhalt durch Versicherungsfunktionäre, Rechtsberater, Anwälte (Standesgewalt), durch Polizei, ggf. Staatsanwaltschaft, Gericht (Staatsgewalt). Deren subtile i Form besteht hier in Sprachbemächtigung: den Beteiligten wird ihre Sprache durch j autoritative Fachsprache enteignet. In der Folge werden sie sich anpassen bzw. sich l die Dienste einer Fachperson mit deren Fachsprache kaufen müssen; in ihrer Sprache werden sich das Verfahren oder der Prozess jedenfalls nicht mehr abspielen.

Wenn Methodik den juristischen Umgang mit Texten reflektieren will, hat sie keine Wahl: sie ist eine politische Disziplin. Ihr Thema ist auch das Verhältnis von bürgerlicher Freiheit und staatlicher Gewalt.

Der Richter übt, wie Artikel 92 der Verfassung unzweideutig erklärt, Gewalt aus. Dabei ist in der deutschen Sprache ‚Gewalt‘ nicht notwendig negativ codiert. Sie kann auch positiv verstanden werden als „Walten“ der guten Obrigkeit. Will man die positive und negative Bedeutungskomponente auseinanderhalten, braucht man Beiworte wie legitime / illegitime Gewalt. Im Englischen dagegen kann man schon im Hauptwort nuancieren und power, authority, force und violence unterscheiden. Ob der Richter nun authority oder violence, legitime oder illegitime Gewalt ausübt, soll im Sinn der Tradition davon abhängen, ob er sich mit seiner Entscheidung innerhalb der Grenzen des Rechts hält oder nicht. Die Grenzen des Rechts sind durch Interpretation zu ermitteln. Solange der Richter auslegt, ist demnach die von ihm ausgeübte Gewalt demokratisch legitimiert, denn er kann seine Entscheidung auf ein für alle beschlossenes Gesetz zurückführen. Hört er auf zu interpretieren und verwendet er Texte nur noch zu Machtzwecken, übt er eine illegitime Gewalt aus, die demokratisch nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Die Unterscheidung von bloßer Auslegung und machtfunktionalem Gebrauch trägt damit eine schwere politische Bürde: nicht weniger als die praktische Einlösung des demokratischen Modells hängt davon ab. Die methodische Absichtbarkeit der Interpretation von machtfunktionaler Benutzung des Gesetzes ist folglich das Nadelöhr, durch das die Unterscheidung von gerechtfertigter und nicht mehr zu rechtfertigender staatlicher Gewalt hindurch muss.

. Der ältere Ansatz juristischer Methodik war noch in der Vorstellung vom Text als einem Behälter befangen, worin die Entscheidung des Rechtsfalls schon enthalten sei und nur noch ausgelegt werden müsse. Als Behälter fungierte dabei die Bedeutung des Textes, die in der Lage sei, der Rechtserkenntnis einen Gegenstand in Form einer Rechtsnorm vorzugeben. Ein solcher Gegenstand ist aber nicht auffindbar; daher wurde die Fiktion des Behälters immer mehr ausgedehnt. An die Stelle des einzelnen Normtextes traten die Rechtsordnung oder ihre Sinneinheit als Ganzes oder sogar die Gerechtigkeitsidee. Angesichts dieses Rückzugs (wissenschaftshistorisch: degenerative Problemverschiebung) hat die Strukturierende Rechtslehre vorgeschlagen, die grundlegende Perspektive zu verändern: der „Gegenstand“ ist eine bloße Projektion des Lesers und genau um diesen Leser (Zeichenbenutzer, Richter, Rechtsarbeiter) als Achse ist die Analyse zu drehen. Die Gesetzesbindung ist dann nicht länger auf einen angeblich vorgegebenen Inhalt des Gesetzes bezogen, sondern wird im Prozess der Herstellung der Rechtsnorm verwirklicht. Die Projektion vorgeblich innerer Eigenschaften des Textes wird damit durch das Verständnis der Auslegungsgrenze als relationale Größe ersetzt. Gebun-

den ist der Richter zunächst an den vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext als Zeichenkette im Sinn seiner „Geltung“. Dessen für den Fall entscheidende Bedeutung muss er als „Normativität“ der Rechtsnorm erst herstellen. Aber dabei ist er nicht frei, sondern an die von den rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung sanktionierten Standards einer Argumentationskultur gebunden.

An die Stelle von fiktiven Gegenstandsprojektionen treten jetzt also real fundierte Beziehungen zwischen Zeichenkette (Normtext im Gesetzbuch), wissenschaftlichen Standards (juristische Methodik incl. Dogmatik) und politischen Entscheidungen in der Verfassung (demokratischer Rechtsstaat). Dabei war von vornherein mitbedacht, dass auch der Kontext von Normtexten ein bestimmter, aber nicht begrenzbarer ist. Die Rolle der klassischen canones besteht gerade darin, mit Fachsprachgebrauch (grammatische), Parlamentsdebatten (genetische), Vorläufertexten (historische Auslegung) usw. diese bestimmten Kontexte zu erschließen. Aber die canones sind nur zu einer Vermehrung und Vervielfältigung des Textsinnes in der Lage, ohne schon für sich allein eine Entscheidung zwischen konfligierenden Lesarten zu erlauben. An dieser Stelle greifen die politischen Entscheidungen der Verfassung ein. Sie ermöglichen zunächst, eine Hierarchie in die Kontexte zu bringen, wonach der spezifischere, engere Kontext bei einem Konflikt Vorrang haben soll. Aber allein damit wäre noch nicht viel gewonnen. Außerdem überträgt die Verfassung dem Richter die Gewalt, den methodologischen Konflikt verschiedener Interpretationsvarianten zu entscheiden. Dies jedoch nicht unbegrenzt, sondern erschwert durch die Vorgabe, in der Begründung darzulegen, dass und wie er seine Entscheidung am Normtext und den damit verbundenen methodisch operationalisierten Anschlusszwängen des juristischen Sprachspiels legitimieren kann.

Die Grenze der Interpretation hat in der Jurisprudenz damit jeden fiktiven oder spekulativen Charakter verloren und wird zum Ernstfall der politischen Abgrenzung von individueller Freiheit und sozialer Gemeinschaft. Der Richter führt keine theoretisch-kognitive Rechtserkenntnis durch, er übt vielmehr praktische Gewalt aus. Diese Gewalt wird geteilt, erschwert und kontrolliert durch den Bezug zum Normtext und zu argumentativen Standards, den er in seiner Begründung plausibel darlegen muss.

JM I, Rn. 337 f., 346 f.

Gesetzgebungsprozess, kompetitives Handeln

Für die genetische Konkretisierung bedeutet das, dass sie auf mehrfachadressierte polyfunktionale Äußerungen trifft, deren semantischer Nennwert nicht fraglos übernommen werden kann. „Die Abgeordneten, die im Plenum für ihre Fraktion sprechen, zielen nicht in erster Linie darauf ab, den politischen Gegner mit Argumenten zu überzeugen. Die Sachdiskussionen sind in der Regel schon zuvor in den Fraktionen und in den Ausschüssen abgeschlossen worden. Im Plenum wollen die Redner vielmehr für alle Bürger sichtbar machen, welchen Standpunkt ihre Fraktion zu Gesetzentwürfen und anderen politischen Fragen einnimmt. Gleichzeitig soll für diesen Standpunkt um Zustimmung in der Öffentlichkeit geworben werden.“ (Roll, H.-A., Organisation, Verfahren und Funktionen des Deutschen Bundestages) Von einem, sich als „Diskussion“ vollziehenden Willensbildungsprozess kann man nur sehr eingeschränkt sprechen. Er ist seinerseits Fiktion, weil es um ganz handfeste Macht- und Prestigekämpfe geht. Er ist aber auch real, weil sich eben diese Kämpfe nie anders als in der Form einer kommunikativen Auseinandersetzung um die Sache vollziehen kann. In diesem Sinne, und nie im Sinne einer Willensmetaphysik, ist politische Kommunikation „final organisiert“. „Sie erfolgt von politischen Standpunkten aus und ist daher niemals rein darstellungsfunktional, sondern immer auch appellativ, niemals rein deskriptiv-informierend, sondern immer zugleich persuasiv im Sinne der ‚Beeinflussung von Menschen durch Menschen mittels Sprache‘.“ (Burkhardt, A., Das Parlament und seine Sprache.)

Diese Mehrschichtigkeit muss die genetische Konkretisierung berücksichtigen. Denn die Charakterisierung politischen Handelns weist darauf hin, dass auf der einen Seite politische Entscheidungen zwar in der in der Regeln abgeschirmten Sphäre der Verhandlung der jeweiligen Beauftragten und Wortführer unter sich statt finden. Auf der anderen Seite treten diese aber zugleich mit der Inszenierung einer aktuell geführten Auseinandersetzung um die jeweilige Sache als einem Streit der politischen Meinungen vor die Öffentlichkeit. Damit kommt es zu jener „Diskrepanz zwischen der ‚Herstellung‘ und der ‚Darstellung‘ von Politik“, die auch dem Juristen zu schaffen macht dann, wenn er genetisch argumentieren will. Sachdiskussion und politische Profilierung sind miteinander verwoben, ohne

dass das eine dem anderen untergeordnet wäre. „Politik ist Kampf ums Recht und zugleich Kampf um Selbstbehauptung in einem Raum der Geltung bestimmter Prinzipien möglichen Handelns.“ Im „Kampf ums Recht“ als verbindliche Formierung sozialer Verhältnisse, liegt das „restiv“, also sachorientierte Moment von Politik, durch das sie sich als gestaltendes Handeln legitimiert. Im „Kampf um Selbstbehauptung“ liegt das „personale“ oder akteursorientierte Moment von Politik, durch das sich die politisch Handelnden als personale Akteure durchsetzen.

Entsprechend liegt die Funktion der Parlamentsdebatte „nicht in der Ermittlung der Wahrheit, sondern in der Darstellung des politischen Kampfes mit Hilfe von Argumenten und Entscheidungsgründen, mit denen kontroverse politische Positionen sich identifizieren“. Die „eigentliche“ Arbeit in der Sache am Gesetz ist dann längst getan. In den Parteien und in den Fraktionen als interner Positionskampf und hinter den meist verschlossenen Türen der diversen Beratungsgremien und Ausschüssen als eigentlichem Arbeitsfeld der Parlamente. Hier findet Formulierung für Formulierung das Aushandeln von Text statt bis hin zu geradezu komplizierten Kompromissformeln, mit denen die Akteure für sich einen bestmöglichen Gewinn erzielen wollen, um in der öffentlichen Debatte als entscheidenden Sieg verbuchen zu können. Die restiv personale Doppelbödigkeit politischen Handelns ist dabei keine Angelegenheit von unlauteren Absichten der Personen, das man so ohne weiteres ausklammern könnte. Sie ist vielmehr Grundzug des gesetzgeberischen Willensbildungsprozesses.

Wie lässt sich unter diesen Vorgaben der Handlungssinn eines Kampfes ums Recht rekonstruieren? Zum Kampf gehört zuallererst der Gegner, mit dem der Kampf aufzunehmen und gegen den er zu führen ist. Eine Person P1, ganz allgemein verstanden als Akteur auf dem jeweiligen Handlungsfeld, kämpft also mit/gegen P2, auch der erstere Akteur selbst sein kann wie die Rede davon zeigt, „mit sich zu kämpfen“. „Kämpfen“, so lässt sich feststellen, meint nicht schon unmittelbar ein Handeln. Vielmehr bezieht es sich auf Charakterisierung einer Handlungs-, bzw. Interaktionsweise. Man spricht ja auch von „Kampfhandlungen“, wobei hier nur am Rande erwähnt sei, dass eine Ausdifferenzierung des Grundzugs kompetitiven Handelns zunächst auch noch zu komplexeren Handlungsspielen führen kann wie noch ganz spezifisch die Verteidigung und den Angriff. Für die genetische Konkretisierung ergibt sich daraus folgendes: Die aus den Materialien erkennbaren Sprechhandlungen, wie beantragen, erklären oder behaupten können nicht so ohne weiteres für bare Münze genommen werden. Vielmehr sind sie daraufhin zu prüfen, inwieweit sie als Züge im kompetitiven Spiel zum Restiven oder aber Personalen ausschlagen. Dies lässt sich übrigens an der Rede von Erklärungen und Behauptungen sehr schön auch sprachlich auflösen. Wirft jemand etwas in die Debatte, so kann es einerseits dazu dienen, etwas zu behaupten oder aber etwas zu erklären. Mithin ließe sich hier ein Beitrag in der Sache herauslesen. Oder die Äußerung könnte ihm dazu dienen, „sich“ zu behaupten, bzw. „sich“ zu erklären. Dann öffnet sich mit dem personalen Reflex des „sich“ der Sinn, durch die Äußerung die eigene Person im Handlungsfeld gegen Widerständigkeiten des anderen zu positionieren. Aber auch dort, wo die Sprache nicht so deutlich auf die Verhältnisse stößt, lässt sich leicht entsprechendes vorstellen. Man denke nur daran, dass man eine Frage stellen kann, um sein Wissen zu bereichern, mit der gleichen Frage aber durchaus jemanden bloßstellen kann. Und umgekehrt heißt einen Einwand zu machen nicht schon per se, den anderen in einem schlechten Licht erscheinen zu lassen. Der Einwand kann durchaus auch der Klärung dienen.

Ein weiteres wichtiges Moment kompetitiven Handelns liegt in der Absicht, den Kontrahenten auszuschalten. Der Anspruch auf die Sache ist auf beiden Seiten ein ausschließlicher. Und zwar ohne dass die Akteure gewillt sind, sich ihren Anspruch durch irgendeinen Ausgleich kompensieren zu lassen. Dies wäre etwa der Fall, wenn man etwas von jemandem kauft und diesem für den gänzlichen Zugriff auf die Sache einen Geldausgleich bietet. Oder es wäre der Fall, wenn man in eine Verhandlung eintritt, um auf dem Weg einer Kompromissbildung die beiderseitigen Ansprüche zu versöhnen. Zum zweiten ist für das kompetitive Spiel wesentlich, dass keine den Akteuren übergeordnete Instanz über den beiderseitigen Anspruch entscheidet. Dies ist ja gerade beim Rechtsstreit der Fall, der den unvermittelten Zusammenprall der Gegner über ihrem Zugriff auf die Sache in ein diesen auferlegtes Verfahren einhegen soll. Beim kompetitiven Spiel in Reinkultur, so wie es sich etwa in der Politik abspielt, geht es gerade darum, Konfliktlagen durch das „Ausschalten“ des Gegners für sich zu entscheiden, etwa indem die eigene „Sicht der Dinge“ allgemein zu Recht festgeschrieben wird. „Eine Interaktion heißt Konkurrenz oder kompetitive Interaktion, wenn durch sie nicht beide Partner das gleiche Ziel erreichen wollen oder können.“ (12) Der jeweilige Anspruch lässt sich nur realisieren, indem der Gegner aus dem Feld geschlagen, als relevanter Aktivposten im Handlungsfeld „eliminiert“

wird. Die in das Spiel verstrickten Personen „können“ nicht nachgeben, sofern das Spiel für sie jeweils überhaupt gelingen soll. Dabei soll „Person“ lediglich eine handelnde Instanz, also auch kollektive Akteure meinen, nicht unbedingt „Menschen aus Fleisch und Blut“. Und „eliminieren“ soll lediglich heißen, der Handlungsfähigkeit beraubt. Gerade in der Politik als sprachlich sublimiertem Kampf geht es ja darum, das entsprechende Ziel des Sieges über den anderen um des eigenen Gewinns der Sache willen diesseits brachialer Gewalt zu erreichen. (13) Dass dies dem Kampf aber mitnichten die Schärfe nimmt, zeigt eine Beschreibung seiner Ausprägung im parlamentarischen Tagesgeschäft: „Die Fraktion als politische Mutter Erde? Die Fraktion, die einsame Provinzmenschen umschlingt, tröstet, in ihr neues Amt einweist, miteinander vertraut macht, zu einer Einheit, zu gemeinsamem Streben und Handeln zusammenschweißt? Davon kann überhaupt keine Rede sein. Die Fraktion ist ein Dschungel: Unwirtlich und undurchdringlich. Kämpfe auf politisches Leben und politischen Tod toben darin. Wer nur Gelassenheit, nur sanfte Worte, wer nicht Aggressivität und einen scharfen Biss mitbringt, der geht unter. Aber auch dies gilt: wer zu heftig gegen die Mauer der Mehrheit anrennt, wer ihre Interessen - aus welch edlen Motiven auch immer - verspielt, wer das, was er als Gewissensnot deklariert, über die Fraktionsdisziplin stellt, der kann sich Blessuren dabei holen, die eine Abgeordneten-Existenz lang nicht mehr ausheilt. [...] Gruppenkämpfe. Grabenkämpfe.“

Der ausschließliche Anspruch auf die Sache führt also zum Antagonismus des Bezugs der Personen. Jedes Handeln, das darauf abzielt dies in Richtung eines Ausgleichs abzumildern und aufzuweichen, stellt bereits eine Strategie des Ausstiegs aus dem Spiel dar.

In Hinblick auf politisches Handeln ist nun zu beachten, dass damit gewisserweise eine handlungsgrammatische „Idealform“ kompetitiven Handelns umschrieben ist. Je subtiler sich restive Totalität und personaler Antagonismus im Handeln Bahn brechen und realisieren, desto mehr „weicht“ die Idealform des Kampfes auch auf. Auch bedeutet die praktische Grundanlage kompetitiven Handelns nicht, dass es sich um ein ungeregeltes Zusammenprallen handelt. Im Gegenteil. Das Schachspiel ist zum Beispiel ein strikt geregeltes Spiel. Im politischen Bereich ist dies etwa bei der parlamentarischen Debatte der Fall, die durch Gesetzgebung und Geschäftsordnungen nicht nur in ihrem Ablauf normiert ist, sondern für die so auch in Gestalt etwa der Abstimmung und differenziert des Mehrheitsentscheid die Modalität eines Payoffs, das heißt eines Gewinns der Sache durch den Sieg über die widerstreitende Person festgelegt ist. In Hinblick darauf lässt sich auch wieder die Brücke zum Problem der genetischen Konkretisierung schlagen, wenn man nachfragt, worin im politischen Sprachspiel bezogen auf das parlamentarisch gesetzgeberische Verfahren dieser Payoff für die Kontrahenten liegen mag.

Bezieht man dieses handlungslogische Skelett politisch sprachlicher Handlungen zurück auf die semantischen Verhältnisse des Gesetzgebungsprozesses, so lassen sich daraus die Anforderungen erkennen, die sich bei der genetischen Konkretisierung stellen. Zunächst ist die Doppelung von sachlichem und personalem Element zu berücksichtigen. Diese Verhältnisse lassen sich dadurch auf einen Nenner bringen, dass „das tatsächlich dominant gewordene Aushandeln von Interessen zur Wahrung des ‚wesensgemäßen‘ Scheins durch die demonstrative Zur-Schau-Stellung des Diskursiven in der Plenardebatte übertüncht werden muss. Weil von der ursprünglichen ernsthaften rational-argumentativen Deliberation der freien Repräsentanten als gleich gesetzter Bürger danach nur noch die inszenierte Diskussion der von unterschiedlichen Interessen und Zwängen abhängigen und damit in gewisser Weise unfreien Abgeordneten übriggeblieben ist, deren Öffentlichkeit sich weitgehend in der medialen Vermittlung ritualhafter Selbstrepräsentation erschöpft, darum müssen die in den Ausschüssen und Fraktionen tatsächlich ausgehandelten Entscheidungen öffentlich als offene, rationale parlamentarische Plenumsdiskussion im Sinne des Ideals von ‚government by discussion‘ organisiert werden.“ Dem „Abwehren“ und „Durchsetzen“ als einem Moment politischer Verlautbarung in den Texten der Gesetzesmaterialien steht zugleich das Moment des „Dokumentieren und Legitimieren der Positionen und Entscheidungen“ zur Seite. „Für das Parlament bedeutet dies, dass die in den Ausschüssen und Fraktionen tatsächlich ausgehandelten Entscheidungen medial als offene, rationale parlamentarische Plenumsdiskussion inszeniert werden.“ Für die genetische Konkretisierung bedeutet dies, dass sie noch einmal retrospektiv den Kampf um die Geltung des je „eigenen“ Wortes aufzurollen hat. Dabei stößt sie dann eben nicht nur auf eine sich von Text zu Text bruchlos entwickelnde Formulierungsgeschichte. Vielmehr findet sie darin auch ein personal bestimmtes Ringen um gesellschaftliche Definitionsmacht und Autorität. Aufgrund der doppelten Strukturierung des politischen Willensbildungsprozess steht die genetische Konkretisierung vor dem Problem zu entscheiden, welche Autorität einem jeweiligen Text in Hinblick auf die Konkretisierung zuzumessen ist. Dabei kann er sich

nicht beliebig auf die Seite von Texten schlagen. Das personale Moment ist insofern zu berücksichtigen, als ja die unterlegenen Versionen durch die Abstimmung ihres Anspruchs auf Geltung beraubt sind, das heißt ihres Anspruchs auf die Verfügung über die in Rede stehende Sache in Gestalt der jeweils eigenen Wirklichkeitsinterpretation.

JM I, Rn. 361c

Gesetzgebungsprozess, Parlament

Der parlamentarische Gesetzgebungsprozess ist ein institutionell kommunikatives Handeln, das ein ganzes „Netzwerk von Akteuren, das weit über das Parlament hinausreicht“ involviert. Für die Gesetzgebung bedeutet das, dass der Prozess der Entscheidungsfindung in zahlreichen, miteinander verflochtenen Teilinstitutionen und ineinander greifenden Verfahren stattfindet. Ihren jeweiligen Schlusspunkt haben sie in den Mehrheitsbeschlüssen. Das dem vorhergehende Handeln kann man nicht einfach als Austausch von Standpunkten im Interesse einer besten Problemlösung auffassen. Die Problemlösung ist vielmehr in strategisches und institutionelles Handeln eingebunden. Für die Frage nach einer den Akteuren zuzurechnenden Absicht ist nun entscheidend, dass die institutionellen Handlungszwänge und das Handeln des einzelnen Akteurs als Politiker zusammenwirken. Das macht sich etwa dadurch bemerkbar, „dass der Plenarsaal eines Parlaments ein herausgehobener Ort des sprachlichen Handelns ist, an dem zwar spontane, frei wählbare Handlungen aller Art vorkommen, jedoch konventionelle, z.T. institutionengebundene Handlungsformen dominieren, indem sie den Sitzungsablauf strukturieren.“ Die Vorgaben in den verpflichtenden institutionellen Handlungsformen und die Handlungsweisen der Akteure in Verfolg ihrer jeweiligen Ziele, durchdringen sich nicht nur wechselseitig. Vielmehr halten sie sich auch gegenseitig im Fluss, sofern der einzelne Akteur seine Ziele zu realisieren sucht. Man denke nur an den Machtkampf der Parteien, der sich etwa die Plenardebatte als Forum zunutze macht. In der Geschichte des deutschen Parlamentarismus hat sich diese Spannung denn auch immer wieder in einem Funktions- und Strukturwandel entladen. Dabei werden „die ursprünglich als Regelungsmechanismen für Diskussionen gedachten Handlungsschemata (...) mehr und mehr zum bloß rituellen Rahmen, der es ermöglicht, die verfassungsmäßige Herbeiführung und Inkraftsetzung von Beschlüssen und die ihnen zugrundeliegenden Einstellungen zu demonstrieren und so zu legitimieren, wobei die tatsächlichen Prozesse im Bewusstsein der Öffentlichkeit aber eher ausgeblendet werden.“ Das heißt nun aber nicht, dass der einzelne Akteur völlig frei ist, sich nach seinem Belieben die Institution seinen Interessen und Zielen zu unterwerfen und zunutze zu machen. Damit sein Handeln erfolgreich bleibt, muss er sich nach den Vorgaben der Institution richten. Das Handeln des Akteurs wird von der Institution geformt. Aber andererseits realisiert sich die Institution nur im Handeln der Individuen. Darin zeigt sich eine Doppelbödigkeit der gesetzgeberischen Aktivitäten von Politikern an, der die genetische Konkretisierung unbedingt Rechnung tragen muss. Man muss einerseits die Akteure als gespielte Spieler betrachten. Andererseits ist die Institution praktisch gesehen, ein auf dem Spiel stehendes Spiel. Dies wird deutlicher, wenn man konkret das gesetzgeberische Handeln als kompetitives Handeln begreift.

JM I, Rn. 361c

Gesetzgeber

Wenn die Strukturierende Rechtslehre demgegenüber von der funktionellen Geschlossenheit der Rechtsordnung im Sinn einer Ergänzung von materiellen Regeln durch Prozessrecht ausgeht, zieht sie aus der Sicht dieses Ansatzes den Vorwurf auf sich, dass der Richter im gesetzesfreien Bereich ohne jede objektive Legitimationsvoraussetzung entscheiden müsse. Daran ist mehreres falsch: einmal reduziert die Strukturierende Rechtslehre die Konkretisierungsleistung des Gesetzes nicht auf den eindeutigen Wortlaut und braucht deshalb einen „gesetzesfreien“ Bereich richterlichen Entscheidens gar nicht erst anzunehmen. Zum ändern hat der Richter auch im Bereich des Gesetzes keinen objektiven Rechtsgegenstand als vorgegebene Legitimationsgrundlage, sondern muss diese Legitimation durch Begründung der geschaffenen Rechtsnorm erst herstellen. Für die Strukturierende Rechtslehre ist ein Urteil eine Entscheidung, die zwar durch Anschlusszwänge im juristischen Sprachspiel erschwert wird, die aber niemals als technische Anwendung einer Erkenntnis des objektiv vorgegebenen

Rechtsgegenstandes verstanden werden kann. Der Gesetzgeber und die Gerichte sind also strukturell gekoppelt. Das heißt, gesetzgeberische Vorgaben in Form von Normtexten können in Verbindung mit den Vorschriften des Verfahrens und den sprachlichen Anschlusszwängen und Begründungslasten den Entscheidungsvorgang zwar rechtsstaatlich irritieren, aber nicht substantiell vorab determinieren.

Weder der Normtext noch der zu regelnde Sachverhalt sind voneinander ablösbar. Beide liefern auf verschiedene, aber komplementäre Art die für die Rechtsentscheidung erforderlichen Elemente. Weder ein Normtext noch eine früher in Verbindung mit ihm formulierte Rechtsnorm (Leitsatz) allein machen ein juristisches Problem zu einem aktuellen. Jede Konkretisierung arbeitet schon in einfach gelagerten Fragen mit einem wirklichen oder einem erdachten Rechtsfall. Der Fall gibt den Anstoß zur Konkretisierung der Vorschrift und liefert zugleich in diesem Vorgang nach dem Maß des Widerstandes, den er den verschiedenen Lösungsalternativen entgegensetzt, und ferner nach der Art seiner praktischen Fragestellungen, von denen die Konkretisierung herausgefordert wird, unverzichtbare Sachgesichtspunkte für das Ausarbeiten der rechtlichen Lösung¹⁹⁹. Jede Rechtsfrage tritt in Form eines wirklichen oder erdachten Falls auf. Jeder Normtext ist im Hinblick auf einen von ihm (mit) zu lösenden Fall sinnvoll oder nicht sinnvoll. Dieser Grundtatbestand juristischer Konkretisierung umschreibt das für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis eigentümliche, das spezifisch juristische Erkenntnisinteresse als ein Entscheidungsinteresse. Das hat nichts mit „Interessenabwägung“ und ähnlichen Vorstellungen zu tun. Es bezeichnet den durch die sachliche Selbständigkeit der Rechtswissenschaft gegenüber den sich so nennenden Geisteswissenschaften bestimmten Horizont juristischer Arbeitsaufgaben und Methodenhaltung. Die Notwendigkeit einer Rechtsentscheidung (auch derjenigen eines erdachten Falls) umschließt zwar die Verstehens-Problematik, die kognitiven Momente und Verfahren, die von juristischer Methodik mit gleichem Nachdruck wie die über Kognition hinausgehenden zu entwickeln sind. Die Rechtsentscheidung erschöpft sich aber schon funktionell nicht in ihren kognitiven Teilen. Sie zielt über die im allgemein geisteswissenschaftlichen Sinn „hermeneutischen“ Fragen des Verstehens hinaus. Es ist übrigens klar, dass das Verhältnis der kognitiven und der nicht-kognitiven Elemente im Konkretisierungsvorgang je nach der ausgeübten juristischen Funktion wechselt und dass beispielsweise das kognitive „Erkenntnis“interesse bei wissenschaftlicher Konkretisierung angesichts eines erdachten Sachverhalts deutlich in den Vordergrund tritt.

JM I, Rn. 145, 267

Gesetzespositivismus

Bis nach dem Ersten Weltkrieg hatte die deutsche Staatsrechtswissenschaft eindeutig im Zeichen des gesetzessystematischen formallogischen Konstruktivismus Labandscher Prägung gestanden. Außer bei Hans Kelsen und in dessen Nachfolge wird diese methodische Haltung heute nicht mehr ausdrücklich vertreten. Sie ist jedoch noch von keiner herkömmlichen methodologischen Gesamtkonzeption ersetzt worden und wirkt unausgesprochen mit zahlreichen ihrer Elemente in der weithin unreflektierten Praxis heutigen verfassungsrechtlichen Arbeitens fort. Das lässt eine knappe Darstellung der positivistischen Arbeitsweise und eine ebenso knappe Auseinandersetzung mit ihr notwendig erscheinen.

Unter „Positivismus“ ist dabei nicht der im Kern philosophische Positivismus der Wissenschaftshaltung verstanden und auch nicht der die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts stellende Positivismus der Rechtsgeltung, welcher seinerseits nach seiner psychologischen, soziologischen und etatistischen Variante unterschieden zu werden pflegt. Vielmehr geht es um den methodischen Rechtspositivismus, den Positivismus der Normbehandlung, der ein noch immer abzuarbeitendes Problem der Rechtswissenschaft darstellt und den die Strukturierende Rechtslehre und Methodik durch ein mit seinen Voraussetzungen brechendes Gesamtkonzept beantwortet.

Juristische Methodik ist, realistisch gesehen, Rechtserzeugungsreflexion, nicht Rechtfertigungskunde im Sinn des Legitimierens von Text„auslegung“. „Konkretisieren der Rechtsnorm“ heißt nicht, die Norm sei schon vor der Konfrontation mit dem Fall, vor dem von diesem veranlassten Vorgang der Falllösung, gegeben. Das meinen der Positivismus, der Neopositivismus und verschiedene Antipositivismen. Nach der aus diesen Strömungen zusammengesetzten noch herrschenden Meinung muss die als solche bereits vorhandene Rechtsnorm nur noch auf den Fall hin konkreter, das heißt enger und genauer gemacht, muss sie vom Allgemeinen auf das Besondere, vom Abstrakten auf das Konkrete,

vom Generellen auf das Individuelle hin „konkretisiert“ werden. Der Jurist stützt nach diesem herrschenden Konzept „die“ Rechtsnorm sozusagen auf ihre passende, den Fall entscheidende Miniaturversion zusammen. Durch ihre Einsicht in die Notwendigkeit aktiven Tuns des Juristen unterscheiden sich die antipositivistischen Schulen vom klassischen Gesetzespositivismus, demzufolge die Rechtsnorm als hypothetischer Imperativ, als syllogistisch traktierbarer Obersatz nicht einmal konstitutives Handeln voraussetzte; vielmehr wurde sie als logische Falle angesehen, die zuschnappte, sobald ein (als Untersatz) „passender“ Rechtsfall des Weges kam. Die fragwürdige Annahme, die Rechtsnorm als vor dem Rechtsfall existent anzusehen, die Illusion einer *lex ante casum*, ist dagegen positivistischen und antipositivistischen Ansätzen bis heute gemeinsam.

Es erscheint einleuchtender, erst die *lex in casu* „Rechtsnorm“ zu nennen: hinreichend konkret, um den Ausgang des Verfahrens normativ zu steuern. Recht ist alles, was der (entschiedene) Fall ist. Auf der allgegenwärtigen, aber selten reflektierten Erfahrung, die Rechtsnorm werde erst im Fall hergestellt, beruhen auch die rechtsstaatlichen Begründungspflichten. Andernfalls bedürfte es keiner konkreten (richterlichen und exekutivischen) „Gründe“ für die konkrete Entscheidung; die Amtliche Begründung und die Angaben der beschließenden parlamentarischen Mehrheit im Verfahren der Normtextsetzung würden ausreichen.

„Die Wahrheit ist konkret“ jedenfalls die des Rechts: einzelne Streitfälle normativ, von Rechts wegen zu entscheiden, die sich auf anderen Wegen privaten oder gesellschaftlichen Sich-Vertragens als nicht lösbar herausstellen. Der Konflikt ist „konkret“ im Sinn von einzeln, und dem Recht wird abverlangt, in ihm - *in casu* - normativ zu werden.

Die Wendung gegen die *lex ante casum* der traditionellen Modelle heißt nicht, vom Beginn der Falllösung an herrsche Freiheit von Bindung. Die in dem zu bearbeitenden Fall und für die Entscheidung zu entwickelnde Rechtsnorm, die *lex in casu*, stellt vielfache Bedingungen an methodologische und rechtsstaatliche Standards, um als vertretbar gelten zu können; die hier vorgelegte Methodik ist der Entfaltung solcher Standards gewidmet. Und wenn im übrigen die Justiz gelegentlich die Versuchung verspürt, künftige Fälle zu antizipieren und im selben Begründungstext gleich vorweg „mit zu lösen“ - etwa im Fall eines Verfassungsgerichts, um den Gesetzgeber vorbeugend einzuschüchtern -, wenn sie also *leges post casum* anbietet, dann überschreitet sie ihre positivrechtliche Kompetenz. Die Maßstäbe einer rechtsstaatlichen Methodik erlauben es, solche Fälle erkennbar und damit die normative Disziplinierung der (Verfassungs-)Justiz durch Kompetenzvorschriften und Prozessrecht wirksam zu machen.

Während die Rechtsnorm im Rahmen dieser Rechtsanwendungslehren gleichsam als apriorische Vorgabe fungiert, aus der die jeweilige Falllösung abgeleitet werden soll, will die Rechtserzeugungsreflexion der Strukturierenden Rechtslehre induktiv bei den praktischen Problemen von Rechtsarbeit ansetzen. Unter Rückbindung an das durch das Rechtsstaatsprinzip und andere methodenrelevante Normen der Verfassung gesetzte Postulat, juristische Entscheidungstätigkeit arbeitsfähig, damit auch nachvollziehbar zu gestalten, stellt die Strukturierende Rechtslehre die Analyse der alltäglichen Rechtsarbeit in den Mittelpunkt ihres Vorgehens. Es zeigt sich dann, dass die Rechtsnorm auf eine zweifache Weise mehr ist als ihre Sprachfassung. Strukturell ist zunächst zu untersuchen, wie weit die in normtext-orientierten Entscheidungsvorgängen wirksamen Elemente den gewöhnlich mit den Ausdrücken „Recht“ und „Wirklichkeit“ bezeichneten Bereichen zuzurechnen sind. Dem so aufzuklärenden Verhältnis von Wirklichkeit und Norm ist als zweites Thema der Analyse die Beziehung zwischen Norm und Fall hinzuzufügen. Die herkömmliche Annahme, „die“ Rechtsnorm sei dem Juristen schon anwendungsbereit vorgegeben, verhinderte bislang die Klärung der Frage, in welchem sachlichen Bezug die Norm zu den von ihr zu regelnden Wirklichkeitsausschnitten steht. Daher ist es ein Ziel der hier vertretenen Rechts(norm)theorie und der aus ihr entwickelten Methodik, die Vorschriften auf den beiden Problemachsen Norm-Wirklichkeit und Norm-Fall in einem sachbestimmten, wissenschaftlich gegliederten Vorgang zu konkretisieren. Das lässt nicht nur den Positivismus, sondern ebenso die antipositivistischen Normkonzepte hinter sich. Auch diese bleiben noch dem angeblichen Gegensatz Norm-Wirklichkeit verhaftet; sie suchen ihn nur nachträglich zu vermitteln, ihn sozusagen abzumildern. Dagegen sind die Elemente des Normativen wie die des Wirklichen hier von Anfang an gemeinsam verarbeitet und in einem realistisch strukturierten Ablauf aufeinander bezogen.

In bezug auf das Verhältnis Norm-Fall kann demnach nicht schon der Normtext, sondern könnte erst das Ergebnis einer umfassenden Sprachinterpretation als „Rechtsnorm“ bezeichnet werden. Im Blick

auf das Verhältnis Norm-Wirklichkeit genügt nicht einmal das. Hier setzt sich die Rechtsnorm erst aus dem genannten sprachlichen Teilergebnis (Normprogramm) und aus der Bearbeitung von einschlägigen Sachstrukturen (Normbereich) zusammen. Anders ausgedrückt, wird damit auf der Achse Norm-Wirklichkeit der Eintrittspunkt der Sozialwissenschaften in juristische Entscheidungstätigkeit sichtbar, während die Achse Norm-Fall die Wichtigkeit der Sprachwissenschaft für die Rechtsarbeit markiert.

JM I, Rn. 75 f., 471 ff.

Gewalt, gesetzgebende

Bei dem Interpretationsgrundsatz der „Einheit der Verfassung“ fehlt bislang die erforderliche Verhältnisbestimmung zu den „herkömmlichen“ Auslegungsregeln, vor allem zur systematischen Interpretationsmethode. Dasselbe gilt für den Gedanken funktionell-rechtlicher Richtigkeit des zu findenden Ergebnisses. Für den Grundsatz verfassungskonformer Auslegung hat sich das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen bemüht, solche Verhältnisbestimmungen klarzustellen. Nach diesem Kriterium darf ein Gesetz, dessen Verfassungswidrigkeit nicht geradezu evident ist, nicht für nichtig erklärt werden; es darf solange nicht für nichtig erklärt werden, als es im Einklang mit dem Grundgesetz ausgelegt werden kann. Das soll jedoch nicht nur für die unproblematischen Fälle gelten, in denen Verfassungsnormen als Kontrollnormen mit Gesetzesvorschriften verglichen werden, die ihrerseits ohne inhaltliche Einschaltung verfassungsrechtlicher Aspekte interpretiert bzw. konkretisiert worden sind. Das Bundesverfassungsgericht geht vielmehr so weit, zu verlangen, dieser „Einklang“ mit der Verfassung müsse notfalls dadurch hergestellt werden, dass ein mehrdeutiger oder unbestimmter Gesetzesinhalt durch Inhalte von Verfassungsnormen bestimmt wird. Insoweit soll die Verfassung als „Sachnorm“ zur „Ermittlung“ des Inhalts einfacher Gesetzesvorschriften verwendbar sein. Das Bundesverfassungsgericht sieht somit Grenzen für dieses Verfahren nicht in funktionell-rechtlichen Kriterien der Rolle der Verfassung als Kontrollnorm bzw. als Sachnorm gegenüber der unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung. Es sieht solche Grenzen allein im Verhältnis zu herkömmlichen Auslegungsregeln in bezug auf das verfassungskonform zu interpretierende einfache Gesetz: Verfassungskonforme Auslegung soll gegen „Wortlaut und Sinn“ oder gegen „das gesetzgeberische Ziel“ nicht möglich sein. Wenn schon Normen der Verfassung nicht nur als Kontroll-, sondern zugleich auch als inhaltsbestimmende Sachnormen in das Geschäft der Konkretisierung einbezogen werden sollen, hätte begründet werden müssen, warum nicht nur der Normtext der unterverfassungsrechtlichen Vorschriften, sondern zugleich auch ihr „Sinn“ bzw. ihr „gesetzgeberisches Ziel“ der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens Grenzen setzen

JM I, Rn. 31

Gewalt, Legitimierung

Juristische Arbeit am Text des Rechts ist den Geboten der Normklarheit, Justitiabilität und Tatbestandsbestimmtheit unterworfen, welche sich allgemein aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ableiten und für den Bereich des Strafrechts durch Art. 103 II GG noch einmal ihre besondere Ausprägung erfahren.

Die Klarheits- und Bestimmtheitsgebote der Verfassung gehören mit ihrer Garantie von Rechtssicherheit zum Grundbestand der Rechtsstaatlichkeit als einem der elementaren Verfassungsprinzipien. Durch sie sind die staatlichen Instanzen gehalten, den Eingriff in die grundrechtlich geschützte Freiheitssphäre des Bürgers, den jeder belastende Rechtsakt darstellt, in der sprachlichen Fassung eines schriftförmig vertexteten Rechts vorhersehbar, durchschaubar und berechenbar zu gestalten. Die Klarheit und Bestimmtheit der Vertextung von Recht sowie die verbindliche Ausrichtung staatlichen Handelns darauf sollen den Bürger in die Lage versetzen, dessen Art, Umfang und Tragweite einschätzen und sich in seinem Verhalten darauf einrichten zu können. Auf diese Weise hat die Klarheit und Bestimmtheit der Textfassung von Recht zur Verlässlichkeit der Rechtsordnung als einer der Voraussetzungen für die Legitimierung staatlicher Gewalt und einer Rechtlichkeit von Recht' beizutragen. Durch sie werden die Einschränkungen und Einbußen, die die Möglichkeiten des Bürgers zur eigenen Lebensgestaltung durch rechtliche Regelungen und rechtsförmige Entscheidungen erfahren, ihrerseits

einer rechtlichen Kontrolle zugänglich¹², und werden Beliebigkeit oder Willkür von Übergriffen staatlichen Handelns als Verletzung einer Rechtspflicht auch förmlich angreifbar.

JM I, Rn. 163

Gewalt, nicht legitimierbare

Der Versuch, die Rechtsanwendung mittels einer wie immer bestimmten Konzeption von Gerechtigkeit zu binden, scheitert schon an der Unvereinbarkeit der geschilderten Doppelanforderung. Damit bleibt der Rechtsarbeiter bei der Arbeit am Text zum Zweck einer Entscheidung unlösbar ins Sprachgeschehen verstrickt, ohne auf eine letzte Garantie Zugriff nehmen zu können. Doch genau diese Auflösung des unangemessenen verdinglichten Begriffs der Gerechtigkeit macht die Gerechtigkeit als Problem erst wieder sichtbar: Sie taugt nicht als Lückenbüßer für die juristische Methodik oder als Deduktionsgrundlage für selbstgerechtes Moralisieren. Sie taugt einzig als Stachel, der gerade dem guten Richter sein entsprechendes Gewissen raubt. Gleichgültig, ob sich dieser mit seiner Entscheidung auf die Seite der Regel oder auf die des Einzelfalls schlägt, die Gerechtigkeit ist jedenfalls noch nicht verwirklicht.

Als Begriff kann die Gerechtigkeit also aufgelöst werden, als Problem aber ist sie unhintergebar. Und dieses Problem erfordert als Tugend nicht die Rechthaberei moralischen Ausformulierens und Banalisierens, sondern die Genauigkeit, welche auch in der alle Begründungslasten erfüllenden Entscheidung noch den Rest nichtlegitimierter Gewalt sichtbar macht.

JM I, Rn. 150

Gewalt, Nötigungsmittel

„Die“ Bedeutung von „Gewalt“ steckt nicht einfach wortsemantisch, merkmalssemantisch in diesem Ausdruck. Sie ist in dem Kontext zu erarbeiten, den der gesetzliche Tatbestand aufspannt, ist kontextabhängig mit den Mitteln der Satz-, Kontext- und Textsemantik festzusetzen. Die Terme eines Normtexts bilden in diesem Sinn einen numerus clausus von Anhaltspunkten; zwar nicht absolut - nichts in der Rechtsarbeit ist „absolut“ -, wohl aber im Rahmen der methodischen Funktionen, die der Normtext in der Konkretisierung überhaupt haben kann (Abschnitte 320, 332, 53, und öfter).

Hier, bei § 240 Abs. 1 StGB, liegt der Fall einfach. Tatbestandsinterne systematische Argumentation zeigt, dass jedenfalls „Drohung“ (nämlich mit einem „empfindlichen Übel“) etwas anderes als „Gewalt“ sein soll; anders gesagt, ist „Drohung“ die Form von Einwirkung, über „Gewalt“ hinauszugehen, die in der herkömmlichen Formel der Gesetzgeber gewollt hat - d. h. die der Normtext § 240 Abs. 1 StGB als zulässige Anhaltspunkte liefert. Nochmals anders ausgedrückt, gibt das Sprechen von „Drohung“ neben der Rede von „Gewalt“ im Normtext bereits die positivierten, die rechtsstaatlich / demokratisch zulässige Art der „Vergeistigung“ von „Gewalt“ an - und schließt damit gleichzeitig andere aus.

Auf der Grundlage einer sprachtheoretisch reformulierten Wortlautgrenze lässt sich nunmehr rational entscheiden, ob die Ausdehnung oder „Vergeistigung“ des Gewaltbegriffs noch mit § 240 StGB bzw. Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist. Die Ausdehnung des Gewaltbegriffs auf die Verursachung einer Zwangslage würde einen Normtext mit folgender Formulierung voraussetzen: „Wer einen anderen rechtswidrig zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird (. . .) bestraft“. Die Benennung der Nötigungsmittel ‚Gewalt und Drohung‘ ist für diese Verständnishypothese sinnlos und überflüssig. Die Ausdehnung des Gewaltbegriffs durch die Justiz verstößt daher gegen die Wortlautgrenze. Dem hat sich nach langem Streit - und in Änderung des praktischen Ergebnisses seiner früheren Judikatur - jetzt das Bundesverfassungsgericht angeschlossen: Durch die „Auslegung des Gewaltbegriffs in der höchstrichterlichen Rechtsprechung“ sei die Strafbarkeit nicht mehr gesetzlich, „sondern nach der Tat im konkreten Fall vom Richter aufgrund seiner Überzeugung von der Strafwürdigkeit . . . bestimmt“ worden. Diese „beträchtliche(n) Spielräume“ verstießen gegen Art. 103 Abs. 2 GG - BVerfG I BvR 718/19/22/23 aus 1989, Beschl. v. 10. 1. 1995 (BVerfGE 92, S. 1 ff.).

Nur eine Interpretation, die sowohl der Gewalt als auch der Drohung einen jeweils selbständigen Anwendungsbereich über die bloße Verursachung einer Zwangslage hinaus zubilligen kann, wäre mit

dem tatsächlich geltenden Normtext des § 240 zu vereinbaren. So wie die Vergeistigung des Gewaltbegriffs in der Rechtsprechung entwickelt wurde, verstößt sie gegen die interne Systematik des § 240 StGB, weil sie einerseits die Nötigungsmittel überhaupt überflüssig macht und andererseits der Drohung neben der Gewalt keinen sinnvollen Anwendungsbereich mehr übrig lässt. Diese letzte Überlegung wurde in der Literatur und dem entsprechenden Urteil zwar gesehen, aber man meint mit dem Hinweis auf eine angebliche materielle Gerechtigkeit dieses Gegenargument zu entkräften. Tatsächlich kann jedoch eine normgelöste Gerechtigkeit unter der Geltung des Grundgesetzes einen vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext auch dann nicht korrigieren, wenn ein Richter wähnt, die Anforderungen dieser gesetzestranszendenten Gerechtigkeit im Einzelfall zu erkennen.

Auch die verfassungsgerichtliche Rechtfertigung einer verlängerten Dauer des Ersatzdienstes gegenüber dem Wehrdienst spielt gesetzestranszendente Gerechtigkeitsgesichtspunkte gegen den geltenden Normtext aus. Die Mehrheitsentscheidung ließe sich nur dann begründen, wenn der Normtext des Art. 12a Abs. 2 Satz 2 etwa lauten würde: „Die Belastung durch den Ersatzdienst darf die Belastung durch den Wehrdienst nicht übersteigen“. Der Normtext verwendet aber den quantitativen Begriff der „Dauer“. Dieser quantitative Begriff lässt zwar ein Hinzurechnen der durchschnittlichen Dauer der Reservistenübung zu, nicht aber ein am Begriff der „Wehrgerechtigkeit“ orientiertes Ausgleichen von qualitativen Belastungen. Davon abgesehen, dass man eine solche qualitative Belastung im Hinblick auf die mangelnde Vergleichbarkeit nicht verrechnen könnte, ist der Begriff der „Wehrgerechtigkeit“ im Grundgesetz noch nicht einmal enthalten und deswegen auch nicht gegen den amtlichen Normtext ausspielbar.

Methodisch korrekt geht demgegenüber das Minderheitsvotum vor. Zur Klärung des Begriffs „Dauer des Dienstes“ führt er aus: „Dem Wortlaut des Art. 12a Abs. 2 Satz 2 GG nach geht es um den Vergleich der Dauer zweier Dienste. ‚Dauer‘ ist ein quantitativer Begriff, der sich auf Zeiträume bezieht. In diesem Sinne wird er im Wehrrecht verwendet (es folgen Nachw.). Das schließt es aus, Art. 12a Abs. 2 Satz 2 GG dahin auszulegen, es werde ein ‚Gleichgewicht der Belastung von Wehr- und Ersatzdienstleistenden‘ sichergestellt“. Hier wird die Gesetzessystematik als Umfeld des fraglichen Wortes ‚Dauer‘ dazu verwendet, die Möglichkeit zur Bedeutungskonstitution durch das Gericht einzuschränken. Diese methodisch überprüfbare Handhabung des systematischen Konkretisierungselements grenzt sich klar von den vagen Ausführungen des Mehrheitsvotums zu einer substantiellen Wehrgerechtigkeit ab, die im Normtext des Grundgesetzes gerade nicht auffindbar ist.

JM I, Rn. 327 ff.

Gewalt, rechtsprechende

Der Streit um Interpretation und Gebrauch von Texten ist alles andere als ein müßiges Spiel. Die zugrunde liegenden moralischen, politischen und philosophischen Fragen sind zwar in der Literaturwissenschaft und der Sprachphilosophie nicht immer leicht zu entdecken. In der Jurisprudenz dagegen geht es um Gewalt; um richterliche und um sonstige Entscheidungsgewalt, verbunden mit Texten. Die Brisanz von Kontroversen liegt hier klar zutage. Für die Bürger, die sich mit ihren Konflikten in die Hand des Gerichts geben, wird Interpretation und Gebrauch von Rechtstexten zum höchst praktischen Problem. Es stellt sich von Anfang an: professionelles Umformulieren der „lebensweltlichen“ Fallerszählung in den juristischen Sachverhalt durch Versicherungsfunktionäre, Rechtsberater, Anwälte (Standesgewalt), durch Polizei, ggf. Staatsanwaltschaft, Gericht (Staatsgewalt). Deren subtile Form besteht hier in Sprachbemächtigung: den Beteiligten wird ihre Sprache durch eine autoritative Fachsprache enteignet. In der Folge werden sie sich anpassen bzw. sich die Dienste einer Fachperson mit deren Fachsprache kaufen müssen; in ihrer Sprache werden sich das Verfahren oder der Prozess jedenfalls nicht mehr abspielen.

Wenn Methodik den juristischen Umgang mit Texten reflektieren will, hat sie keine Wahl: sie ist eine politische Disziplin. Ihr Thema ist auch das Verhältnis von bürgerlicher Freiheit und staatlicher Gewalt.

Der Richter übt, wie Artikel 92 der Verfassung unzweideutig erklärt, Gewalt aus. Dabei ist in der deutschen Sprache ‚Gewalt‘ nicht notwendig negativ codiert. Sie kann auch positiv verstanden werden als „Walten“ der guten Obrigkeit. Will man die positive und negative Bedeutungskomponente auseinanderhalten, braucht man Beiworte wie legitime / illegitime Gewalt. Im Englischen dagegen kann man

schon im Hauptwort nuancieren und power, authority, force und violence unterscheiden. Ob der Richter nun authority oder violence, legitime oder illegitime Gewalt ausübt, soll im Sinn der Tradition davon abhängen, ob er sich mit seiner Entscheidung innerhalb der Grenzen des Rechts hält oder nicht. Die Grenzen des Rechts sind durch Interpretation zu ermitteln. Solange der Richter auslegt, ist demnach die von ihm ausgeübte Gewalt demokratisch legitimiert, denn er kann seine Entscheidung auf ein für alle beschlossenes Gesetz zurückführen. Hört er auf zu interpretieren und verwendet er Texte nur noch zu Machtzwecken, übt er eine illegitime Gewalt aus, die demokratisch nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Die Unterscheidung von bloßer Auslegung und machtfunktionalem Gebrauch trägt damit eine schwere politische Bürde: nicht weniger als die praktische Einlösung des demokratischen Modells hängt davon ab. Die methodische Absichtbarkeit der Interpretation von machtfunktionaler Benutzung des Gesetzes ist folglich das Nadelöhr, durch das die Unterscheidung von gerechtfertigter und nicht mehr zu rechtfertigender staatlicher Gewalt hindurch muss.

JM I, Rn. 337 ff.

Gewalt, Sprache

Im besten Fall ist ein Normtext eine ernst „gemeinte“ Momentaufnahme des politisch-juristischen Stellungskriegs; er ist in der Tat kein „Ursprung“. Und dennoch verlangt der demokratische Rechtsstaat, den Normtext als Ursprung zu fingieren: als gewaltgestützte Fiktion eines Ursprungs, um einen im Sinn des Staats verbindlichen Anfangs- und Maßpunkt für die vom Staat durchgeführten Entscheidungsvorgänge vorweisen zu können. Jedenfalls sagt dies das noch immer herrschende positivistische Paradigma. Für die Strukturierende Rechtslehre ist der Normtext nur Eingangsdatum; und zwar eines Vorgangs der Konkretisierung, durch den eine Rechtsnorm erst konstruiert wird. Dagegen mystifiziert der Gesetzespositivismus den Normtext zur „Norm“, fingiert er einen vorgegebenen Ursprung.

Die im Staat akkumulierte, durch seine Verfassung und Gesetze organisierte, die ihn ausmachende Gewalt stützt diese Fiktion und ihre Sanktionierung ab, ist aber selber zugleich von derartigen fingierenden und sanktionierenden (Norm-)Texten begründet, kompetent gemacht, legitimiert und nicht zuletzt hinter ihnen versteckt. Sie sprengt, beeinflusst, bricht, kurz: sie „ordnet“ (im Sinn von Foucault) den Rechtsdiskurs bereits dadurch, dass sie mit ihren „geltenden“ Normtexten den Anfang, den Ursprung für den fraglichen Entscheidungsvorgang setzt; indem sie gewaltsam (weil durch Gewalt sanktioniert) ein Text-Äußeres aufzwingt. Dieses Text-Äußere ist dabei nicht der Normtext als solcher; als solcher bleibt er Text und kann der *conditio*, Text zu sein, nicht entkommen. Von einem „Äußeren“ wird auch nicht deshalb gesprochen, weil im Recht neben Sprache auch Gewalt wirkt; das ist ohnehin so, auch außerhalb der fachlichen Rechtssprache, in Sprache überhaupt. Das gewaltsame Äußere, das von der gesetzpositivistischen Haltung der *conditio* des Normtexts aufgenötigt wird, ist die Fiktion, er sei ein privilegierter, ein (für die Dauer seiner staatlich bestimmten „Geltung“) dem unabschließbaren Spiel der Differenzen und dem Zirkulieren der (als Texte notwendig) gleichgeordneten Texte entzogener Text.

Entsprechendes fingiert der Staatsapparat für das (von der Textlichkeit her nicht mögliche) Ende des Entscheidungsdiskurses: die wiederum gewaltsam durchsetzbare Fiktion, mit dem Text des Urteils (genauer: den Texten von Rechtsnorm, also Leitsatz; von Entscheidungsnorm, also Tenor; und mit denen der Gründe) sei ein privilegierter Endpunkt, also eine Gestalt für die eine Wahrheit dieses Falles setzbar, so wie der als einschlägig herangezogene Normtext seinen einen Ursprung hatte fingieren müssen. Das „Äußere“ liegt hier darin, dass bei der rechtlich nicht mehr anfechtbaren Entscheidung, die Text ist, die Gemengelage von Gewalt und Sprache entmischt wird, dass der Faktor Gewalt allein dominieren und es der Sprache (dem Rechtsdiskurs) untersagt werden soll, weiter zu sprechen.

Warum zwingt der moderne Staat am Anfang wie am Endpunkt juridischer Entscheidung je ein Text-Äußeres auf? Anders gefragt: Warum muss unter Berufung auf (schriftliche) Normtexte und in Form (schriftlich) begründeter Urteilstexte entschieden werden?

Dass überhaupt entschieden werden muss, ist kein Phänomen erst des modernen Staates; und es ist keine Textfrage. Es ist eine - wenn auch in Texten behandelte, von Texten begleitete - Frage von Macht/Gewalt in den tatsächlich konflikthaften menschlichen Gruppen; und zwar immer dann, wenn ein Konflikt nicht intersubjektiv, nicht „intern“ in der Untergruppe der „Beteiligten“³³ hat gelöst werden

können. Ein jeder gleichsam „geplatzt“, also nur noch unter Berufung auf die Legitimität der Gesamtgruppe lösbarer Konflikt, kann natürlich durch Gewalt beseitigt werden; aber das ist dann kein Rechtsvorgang und damit kein Gegenstand dessen, was hier untersucht wird. Ferner kann die Lösung durch schweigende, bloß performative Dezision nach ungeschriebenem Rechtsbrauch, nach herkömmlich praktizierten Grundsätzen oder allein kraft dem Charisma der entscheidenden Person gefunden werden - dann aber durch Hordenchef, Clanvater, Stammesmutter, durch Häuptling oder Kaziken, und eben nicht von einem „Richter“ genannten oder von anderen verfassungsmäßigen Rechtsfunktionären des Rechtsstaats, von dem hier die Rede ist. Die Streitfrage könnte auch ohne strenge Bindung an Normtexte, notfalls auch gegen das Gesetz (rechts-)politisch erwogen und entschieden werden; dann aber haben wir so etwas wie einen klassisch-römischen Prätor und nicht einen heutigen Richter vor uns. Sie ist auch so entscheidbar, dass zwar auf Normtexte hingewiesen wird, die Verbindung des Ergebnisses mit ihnen aber ohne Begründung nur behauptet werden darf - dann handelt es sich um eines der autoritären politischen Systeme, nicht aber um einen verfassungsrechtlich konstituierten Rechtsstaat.

Dieser bezieht seit dem Aufgang der modern-europäischen, später auch der nordamerikanischen Neuzeit seine besondere Legitimation daraus, „möglichst weitgehend mit formalisierter, kontrollierbarer, sprachlich vermittelter konstitutioneller Gewalt auszukommen und möglichst wenig die deswegen entlegitimierende ‚bloße‘, d. h. die aktuelle Gewalt einsetzen zu müssen“. Entscheidungen in diesem Rechtsstaatstypus stehen unter derart lastenden Vorgaben, dass die beunruhigende Zweideutigkeit dessen, was bei derartigen Entscheidungen wirklich vor sich geht, nicht mehr kaschiert werden kann: einerseits die (legitimierende) Entscheidungspflicht als ein Text-Äußeres; andererseits die (gleichfalls legitimierende) normative Vorgabe, die Entscheidung müsse durch schriftliche rationale Texte erfolgen - in einem Medium also, das ein solches Äußeres nicht (an)erkennt. Dem diskursiv nicht abbrechbaren Zirkulieren von Norm- und Kommentar- und Entscheidungstexten stehen normativ in Form der rechtsstaatlichen Normenmasse und Normen- Hierarchie, nicht-normativ methodologisch in Gestalt von Normprogramm- und Präferenzregeln Instrumente der Disziplinierung des Diskurses gegenüber, die zwar sprachlich illusionär sind, die der Rechtsstaat aber gleichwohl aufrötigt.

Sprache ist bei alledem nicht „an sich“ unschuldig; als vorgeschriebenes System (langue³⁶) transportiert und bewirkt sie immer schon Abrichtung und Vor-Schrift. Sie wird nicht erst als Rechtssprache von Gewaltverhältnissen durchgesetzt. Der mit „Recht - Sprache - Gewalt“ benannte Teilansatz der Strukturierenden Rechtslehre geht davon aus, dass Sprache nicht das lichte Reich der Gewaltlosigkeit sein kann. Ebenso wenig ist sie, trotz der Unabschließbarkeit des Diskurses, der anarchische Bereich gewaltfreier Erkenntnis. Sie ist - wie das Recht auch - immer schon von sozialer Gewalt durchwirkt: bereits als kollektives System wie auch als Abrichtung beim Spracherwerb der Kinder im Sinn Wittgensteins. Als Rechtssprache ist sie zusätzlich von Staatsgewalt und von Gruppengewalt imprägniert. Derrida spricht von einer „Kontamination im Herzen des Rechts“; ebenso davon, dass die Gewalt „der Rechtsordnung nicht äußerlich (ist). Sie bedroht das Recht in dessen Innerem“ . Sprache trägt die Spuren von Gewalt an sich und übt ihrerseits Gewalt aus; Recht, das gewaltsam gesetzt wird und seinerseits Gewalt installiert, ist unausweichlich auf Sprache angewiesen. Die Aufgabe und der Versuch, Gerechtigkeit zu verwirklichen, spielen sich im Raum dieses mehrfachen Zwiespalts ab.

Weder eine „Reine Rechtslehre“ noch eine „Reine Sprachlehre“ können diesen Raum angeben, in dem es unter den tatsächlichen Bedingungen um Gerechtigkeit geht. Dagegen hat sich die Strukturierende Rechtslehre als „entschieden unrein“ vorgestellt : „unrein“ für alle die Rechtsarbeit prägenden Relationen wie „Sein und Sollen“, „Norm und Fall“, „Wirklichkeit und Norm“, „kognitive und volitive Elemente“. Von ihr her wird die Unreinheit von Sprache gegenüber Gewalt besonders deutlich: als Grundbestimmung innerhalb des genannten Ensembles von Relationen.

In dem zwiespältig konstituierten Feld von Recht und Gewalt und Sprache wird Genauigkeit zu einer notwendigen Bedingung von Gerechtigkeit, wird das, was die Rede von der Kontaminierung festhält, zur Arbeitsaufgabe einer nachpositivistischen Methodologie der Rechtsarbeit. Vor diesem Hintergrund hat, als kennzeichnende Einzelfrage, gerade auch die Normprogramm- (in der Tradition: Wortlaut-)grenze als Grenze etwas Gewaltsames. Warum soll das „rein“ methodisch, soll das anhand der Texte und in Gestalt von Texten ins Unbegrenzte fortführbare Spiel von Argument und Gegengesichtspunkt, von Kommentartext und Gegenkommentar an einer bestimmten Stelle abgebrochen werden? Diese Stelle ergibt sich in der Tat nicht aus dem Flechtwerk der behandelten sozialen Konflikte, diese Gren-

ze nicht aus den „Methoden“. Das vorliegende Konzept hat von Anfang an ' klargestellt, dass es nicht um Grenzziehung in dem Sinn gehen könne, als beginne jenseits der Grenze die Unmöglichkeit weiteren Argumentierens; vielmehr gehe es um Eingrenzung gemäß dem normativen, dem demokratisch-rechtsstaatlichen Code „noch erlaubt/nicht mehr erlaubt“. Und vor der Ausarbeitung dieser Methodik wurde schon bei der Erstbegründung der Strukturierenden Rechtslehre hervorgehoben, bei der „äußerste(n) Grenze möglicher Konkretisierung“ gehe es um die „Grenze zulässiger (...)“, um „den Bereich legitimer Konkretisierungsergebnisse“. Das methodisch Mögliche ist unbegrenzt; das Postulat der Legitimität, hier an die praktisch durch Entscheidung handelnden Juristen gerichtet, setzt Grenzen. Diese drücken sich im Konzept der Strukturierenden Methodik vor allem durch folgende Figuren aus:

- die Unterscheidung von Sprachdaten und Realdaten;
- die Überordnung der Sprachdaten beim Erarbeiten des Normbereichs aus dem Sach-(bzw. Fall-)bereich am Maßstab des Normprogramms;
- die Unterscheidung von norm(text)bezogenen und nicht-norm(text)-gestützten dogmatischen Elementen sowie durchgängig: von Konkretisierungsfaktoren, die geltenden Normtexten zugerechnet werden können und solchen, die es nicht können; und schließlich
- die Überordnung der Sprachdaten beim Präferieren der jeweils normtextnäheren Elemente im Fall methodologischer Konflikte.

Das beunruhigendste Paradox liegt darin, dass gerade das, was ein diskursives Anhalten unmöglich macht - die kodifizierte Rechtsordnung als Schrift -, sowohl den Grund als auch die praktischen Maßstäbe für ein gewaltsames Anhalten liefern muss: der für den Rechtsfall zuständige Normtext (zumeist eine Mehrzahl von Vorschriften) als Text; er wird zudem in seine für rechtlich legitime Entscheidung ausgezeichnete Rolle seinerseits durch andere Normtexte des demokratischen Rechtsstaats befördert. Und nicht nur die Normtexte: auch die (im Fall zu produzierenden) Texte von Rechtsnorm und Entscheidungsnorm wie auch die der Begründung sind - aus verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Gründen - Schrift. Über sie hinaus gehen die Diskurse weiter: der Entscheidungstenor wird, zusammen mit seiner Begründung, durch Berufung, Revision und durch sonstige Rechtsbehelfe formell in Frage gestellt; er wird von höherer Instanz hin- und hergewendet, wird bestätigt, verworfen, verändert. Der Begründungstext, mit seinem Tenor, wird wiedergegeben, diskutiert, verteidigt, kritisiert, „abweichend“ interpretiert, wird zum Ausgangspunkt prinzipiell endloser weiterer Diskurse gemacht; und diese werden es ihrerseits. Die unablässig betriebene alltägliche juristische Praxis wie auch das erdrückende reiche Material der Rechtsgeschichte bieten (neben der „Theo“logie) das wohl grandioseste Beispiel für das von Foucault formulierte „unendliche Gewimmel der Kommentare“, wie sie zugleich ungezählte Beispiele für Eingriffe in den Rechtsdiskurs und für sonstige Formen der Diskursverknappung liefern.

Das befohlene Innehalten im Begründungsdiskurs am Maßstab der Normtextnähe, um zur Entscheidung zu kommen (-a - überhaupt; und - b - zu dieser einen und keiner anderen Entscheidung), ist gewaltgestützt. Es ist, von seiner Begründbarkeit aus beurteilt, nur Gewalt; ist Gewalt, die den Rahmen des Text-/Schriftdiskurses, des Diskurses also, aufgesprengt hat.

Das nicht beendbare Spiel der Differenzen (im Sinn Derridas) beherrscht, als notwendiges, zur Gänze diejenigen Stufen des Umgangs mit Texten, mit Schrift, die oben (intuitives) „Verstehen“ und (reflektiertes) „Interpretieren“ genannt worden sind. Es beherrscht, als Spiel in der Sprache, zwar auch noch die im Unterschied dazu so bezeichnete „Arbeit mit Texten“, wird dabei aber von einem „Draußen“ gestört: vom Gewaltkomplex des Staatsapparats. Dieser Einbruch von Gewalt in die Welt der Schrift, dieses - um der im Namen der Legitimität geschuldeten Entscheidung willen - gewaltsame Anhalten des diskursiv unanhaltbaren Diskurses bietet ein nachdrückliches Beispiel für das, was Arbeit mit Texten in einer (staatlichen) Rechtsinstitution heißen kann.

Die mit Sprache überhaupt - durch Sprache als System (langue) und durch ihre abrichtende Kraft - gegebene Gewalt, die allgemeine Gewalt-Kontaminierung von Sprache erscheint nicht als Text-Äußeres. Als Text-Äußeres dagegen kann die abschneidende und verpflichtende, die sanktionierende und exekutierende Staatsgewalt gelten: eine sehr spezifische Gewalt im Rahmen der überall verteilten allgemeinen, eine einmalig konzentrierte. Die (rechtskräftig handelnde) Staatsgewalt ist ein Draußen des Diskurses insoweit, als sie sich durch ihr Handeln anmaßt, ihn zu beenden und sich dadurch be-

müht, sich außerhalb seiner zu stellen. Sie ist in dem Maß ein Hors-Texte, in dem sie den Bedingungen von Textualität für ihr Teil entkommen zu können praktisch vorgibt. Der Differenzstruktur der Zeichen unterliegt auch die Staatsgewalt. Aber sie ist nicht einfach eines unter den Zeichen; sie ist, als abschneidende, deren Vergewaltigung.

Eine Gesetzesvorschrift (ein Normtext) wird nicht erlassen, um von wem auch immer, besonders aber von Juristen, geisteswissenschaftlich „verstanden“ zu werden. Ein Normtext wird in die Rechtswelt gesetzt, um von institutionell zuständigen, mit Staatsgewalt bewehrten Entscheidungsträgern benutzt zu werden. Normtexte schreiben sich nicht einem (Gadamer'schen) „hermeneutischen Universum“ ein; sondern der rechtsstaatlichen Textstruktur aus anordnenden und rechtfertigenden Zeichenketten, durch die der Verfassungsstaat seine Gewalt nicht so sehr real konstituiert, als vielmehr konstitutionalisiert. Ein demokratischer Rechtsstaat ist somit ein Gemeinwesen mit einer Textstruktur; ist eine rechtlich-politische Form, eine Gesellschaft zu organisieren, in der auch das gültige Ergebnis von Staatsgewalt (das in Kraft getretene Gesetz, der bestandskräftige Verwaltungsakt, die rechtskräftig gewordene Gerichtsentscheidung) kritisiert, mit Argumenten bekämpft werden darf. Der allgemeine Diskurs der Gesellschaft, der die Äußerungen von Staatsgewalt begleitet, wird nicht seinerseits gewaltsam unterdrückt.

Die von Normtexten geforderte Arbeit muss, bei den hier gemeinten Vorgängen, zu praktischen Entscheidungen führen. Das den Diskurs (vergeblich, aber tatsächlich) abschneidende Urteil ist in dieser abschneidenden Funktion nur Gewalt: einer der strategischen Punkte, an denen Staatsgewalt die Maske abnimmt. Und doch ist dieses Abschneiden, gegeben mit der Existenz eines Staatsapparats dieser Art, zwar tatsächlich, aber vergeblich. Der Staat schlägt auf die Sprache (er kann nicht anders, es ist seine *raison d'être*); doch die Sprache schlägt zurück. Die Texte des Staates sind Gewalt; aber sie bleiben Texte, bleiben Schrift - bis zum jüngsten Gericht können andere Sätze an ihre (noch so rechtskräftigen, sogar an ihre exekutierten) Urteilsätze geknüpft werden.

JM I, Rn. 510 ff.

Gewohnheitsrecht

Die Nichtidentität von Norm und Normtext, das Nichtenthaltensein von Normativität in einem amtlich fixierten und publizierten Wortlaut erhellt auch aus der Erscheinung des Gewohnheitsrechts. Dessen Rechtsqualität wird nicht angezweifelt, obwohl es keinen autoritativ definierten Text aufweist. Auch gewohnheitsrechtliche Normen sind sprachgebunden; auch sie sind (mündlich oder schriftlich) formuliert: in Rechtsbüchern, in Lehrbüchern, in gerichtlichen Entscheidungen und so fort. Es handelt sich dabei aber um wechselnde Formulierungen ohne einheitlich autoritative Festlegung. Die sprachliche Fixiertheit des Rechts, seine „Positivität“ der schriftlichen Form, zustande gekommen, ausgefertigt und publiziert nach einem von anderen Normen angeordneten Verfahren, ist mit seiner Normqualität eben nicht identisch. Sie steht vielmehr in Zusammenhang mit rechtsstaatlichen und demokratischen Geboten des bürgerlichen Verfassungsstaats der Moderne. Auch wo positives Recht der schriftlich fixierten Art vorherrscht, gibt es *praeter legem* (Verfassungs-)Gewohnheitsrecht von voller Normqualität. Darüber hinaus ist selbst innerhalb des geschriebenen Rechts die sich in praktischen Entscheidungen äußernde Normativität sprachlich nicht etwa allein aus dem Normtext „abgeleitet“. Die Entscheidung wird mit Hilfe von Gesetzesmaterialien, von Lehrbüchern, Kommentaren und monographischen Untersuchungen, von Präjudizien und rechtsvergleichendem Material erarbeitet, also mit zahlreichen mit dem Normtext nicht identischen und über diesen hinausgehenden Sprachformeln. Auch schon diese Unmöglichkeit, Rechtsfälle allein und abschließend aus dem für den Fall einschlägigen Normtext zu entscheiden, erweist, dass der Normtext etwas anderes ist als die Rechtsnorm.

Konkretisierung beginnt üblicherweise mit der Suche nach dem sogenannten Wortsinn, nach dem sprachlichen Sinn des herangezogenen Normtextes. Das wurde hier anhand der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung erörtert. Schon dieses erste Element kann nur vermittelte Indizien für die Textbedeutung liefern, nicht etwa einen unvermittelten Rückgriff auf diese gewährleisten. Das wird auch bei der Konkretisierung von Verfassungsgewohnheitsrecht deutlich. Hier besteht die erste Aufgabe grammatischer Auslegung darin, die Textfassung des gewohnheitsrechtlich geltenden Satzes festzuhalten, von der die konkretisierende Stelle ausgehen möchte. Da (Verfassungs-)Gewohnheitsrecht nicht über eine autoritativ festgelegte Sprachfassung verfügt, ist die (in einer kodifizierten Rechtsord-

nung funktionell der Legislative zuzurechnende) Aufgabe solcher Festlegung in jeden Konkretisierungsvorgang hineinzunehmen. In Praxis und Wissenschaft pflegen jeweils mehrere bestimmte oder auch seltener eine einzige Textfassung, formuliert und weitergegeben in gerichtlichen Entscheidungen, in Lehrbüchern oder Kommentaren, zur Grundlage der Konkretisierung anhand ungeschriebener Regeln gemacht zu werden. Das gilt zum Beispiel für die Formeln des vom Bundesverfassungsgericht behaupteten Gebots bundesfreundlichen Verhaltens oder für die Figur der verfassungskonformen Auslegung, soweit sie nicht nur als methodischer Aspekt, sondern als Gebot ungeschriebenen Verfassungsrechts behandelt wird. Auch in Fällen eines so gut wie festliegenden Textes von Gewohnheitsrecht ist die Textfassung, auf die sich Praxis und Wissenschaft geeinigt haben, im Sinn der Rechtsquellenlehre wie der verfassungsrechtlichen Rechtserzeugungsnormen weder autoritativ noch authentisch. Im Umfang der Uneinigkeit über eine einheitliche Textfassung von Gewohnheitsrecht vervielfachen sich im übrigen die Unsicherheiten grammatischer Auslegung.

Das vorausgesetzt, ist Gewohnheitsrecht grundsätzlich wie geschriebenes Recht zu behandeln. Aus dem Mangel eines authentischen Textes ergeben sich noch einige leicht einsichtige Besonderheiten: Es fehlen Gesetzgebungsmaterialien und damit die Möglichkeiten genetischer Auslegung; und es tritt der Gesichtspunkt funktioneller Richtigkeit des Ergebnisses zurück, da es sich dann nicht um das Verhältnis von Regierung, Verwaltung oder Rechtsprechung zu einer Stelle handelt, die geschriebenes Recht in einem normativ vorgesehenen Verfahren setzt.

Dogmatisch kann speziell Verfassungsgewohnheitsrecht als ausfüllende Ergänzung der Verfassung nur in Einklang mit deren Grundlagen und einzelnen Sätzen, nur *praeter constitutionem* bestehen. Das ist eine Folge aus der Entscheidung für ein kodifiziertes Verfassungsrecht und aus der Grenzfunktion geschriebener verfassungsrechtlicher Normtexte. Weder die Setzung noch die Konkretisierung von Unterverfassungsrecht und weder die Bildung noch die Konkretisierung von ungeschriebenem Verfassungsrecht dürften sich über die Grenzfunktion der Sprachgestalt der geschriebenen Verfassung hinwegsetzen.

JM I, Rn. 193, 352

Gewaltenteilung

Die klassische Vorstellung der Gewaltenteilung in drei voneinander einigermaßen klar getrennte Bereiche von Staatsgewalt ist für die Gemeinschaft zu modifizieren. Das erklärt sich aus ihrer historischen Entwicklung und ihrer Anbindung an die Mitgliedstaaten. Daraus folgt die Funktionsordnung „einer Aufteilung sowohl der wesentlichen legislativen als auch der *gouvernemental/exekutiven* Befugnisse auf die 'genuin europäische' Kommission und vor allem den mitgliedstaatlich geprägten Rat unter Verweisung des Parlamentes bislang auf eine begrenzte Mitwirkung. Nur in der Judikative des Gerichtshofes vereinigt sich in der sonst bekannten Weise Funktion und Institution. Bis das direkt gewählte Parlament sich die national üblichen Kontrollfunktionen mindestens in einem politischen Sinne erkämpft hat, bleibt die Rechtskontrolle des EuGH über den Rat das Gegengewicht zu dessen Vorhandstellung. Der eigentliche Sinn des Gewaltenteilungsgedankens, durch Funktionen- und Machtverteilung auf unterschiedliche Organe die politische Gewalt zu mäßigen, in den Bahnen des Rechts zu halten sowie Freiheit zu stiften ('Checks and balances') ist freilich in diesen besonderen Formen auch in der Gemeinschaft verwirklicht.“

Der Gewaltenteilungsgrundsatz ist für das Präzisieren richterlicher Bindungen von großer Bedeutung. Allerdings muss man sich von der zu einfachen Vorstellung gewaltenteilender Rechtsanwendung freimachen, wonach Judikative und Exekutive Gesetze lediglich im Weg der Erkenntnis anwenden. Wenn man von diesem positivistischen Vorurteil abrückt und den komplexen Prozess der Rechtserzeugung nach den Stationen Normtext - Rechtsnorm (Leitsatz) - Entscheidungsnorm (Urteilsformel) differenziert, lässt sich auch die Gewaltenteilungslehre wirklichkeitsnäher fassen. Der Gesetzgeber hat demnach nur, aber auch ausschließlich, die Kompetenz zur Setzung von Normtexten. Die Judikative hat demgegenüber die Zuständigkeit zur Setzung von Rechtsnormen und Entscheidungsnormen unter der einschränkenden Bindung an die von der Legislative hervorgebrachten Normtexte. Die Gesetzgebungsorgane können damit nur in normativ besonders geregelten Bereichen, wie etwa der Immunität, Einzelfälle bis hin zur Entscheidungsnorm gestalten. Im Normalfall ist der Legislator auf die Setzung von Normtexten beschränkt und kann nur durch möglichst präzise Formulierungen das Berücksichti-

gen seiner Vorstellungen bei der Entscheidung des Einzelfalls zu gewährleisten versuchen. Umgekehrt kann die Judikative nur in normativ angeordneten und eng begrenzten Ausnahmefällen selbst Normtexte setzen. Diese Ausnahme gründet für den EuGH im klaren Auftrag der Art. 6 Abs. 2 EU und 288 Abs. 2 EG. In diesem Bereich hat er jedenfalls vorübergehend gesetzgeberähnliche Funktionen. Dabei hält der EuGH die Grenzen dieses speziellen Bereichs peinlich genau ein. Außerhalb dieser Ermächtigung sieht er sich als durch das Gesetz beschränkt an. Er kann dort Rechts- und Entscheidungsnormen nur so setzen, dass sie auf legislatorisch vorgegebene Wortlaute methodisch rückführbar sind. Falls das Gericht seine die Entscheidung tragende Leitsätze in diesem allgemeinen Bereich selbst gesetzten Quasi-Normtexten zurechnet, verletzt es damit auch das Prinzip der Gewaltenteilung.

JM II, S. 357 f.

Gewaltenteilungslehre

Die Rechtsordnung ist ein Sprachspiel unter anderen, aber eben das einzige mit angehäufter allgemeiner Gewalt versehene, das Sprachspiel des Staates. Alles, was an dessen Institutionen nicht verdinglichte oder direkte Gewalt ist, ist Sprache, mündlicher oder schriftlicher Text; und nicht zuletzt seine als „Recht“ bezeichneten Handlungsformen. Anders gesagt: die einzige Möglichkeit, die im Staat angehäuften Gewalt zu disziplinieren, einzugrenzen, zu teilen und zu kultivieren, besteht in Sprache. Sie liegt in der Textualität des gewaltgestützten Rechts und in den in dieser anfallenden Komplikationen, Brechungen, Faltungen und sprachvermittelten Selbstbindungen. Gewaltenteilung ist vor allem eine Text-Teilung (für die Institutionen nebeneinander und die Instanzen übereinander), eine Text-Verteilung (für die Auffächerung der Kompetenzen) und eine Text-Kontrolle (das System der checks and balances). Die Gewaltenteilung als Textteilung, auf symbolischer Ebene verankert, ist eine Aufteilung der Gewaltbefugnis, unter den und den Voraussetzungen Texte der und der Art mit den und den Wirkungen bzw. Relationen zu anderen Texten zu produzieren. Gewaltenteilung als Teilung, Verteilung und Kontrolle der Textkompetenzen ist eine der wesentlichsten Eigenschaften rechtsstaatlicher Textstruktur.

Der Richter hat im Rechtsstaat keine Kompetenzkompetenz, sondern eine umgrenzte Ermächtigung. Der Begriff „Kompetenzkompetenz“ kommt aus der obrigkeitstaatlichen Tradition. Er bedeutet, dass der Staat die beschränkte Kompetenz hat, sich selber Kompetenzen zu verschaffen. Auf den Richter unter dem Grundgesetz passt diese überlieferte Vorstellung nicht. Dem Richter wird die rechtsprechende Gewalt übertragen, aber nur soweit er der in Artikel 97 GG angeordneten Gesetzesbindung genügt. Den Umstand, dass seine Entscheidung der Gesetzesbindung Genüge tut, muss der Richter in der Begründung seines Urteils darlegen. Dabei muss er sich mit den Interpretationen der Prozessbeteiligten und mit den einschlägigen Entscheidungen anderer Gerichte auseinandersetzen. So findet die Souveränität seiner Interpretation Grenzen.

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden. 14° Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat ein subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern sie in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch einklagbar.

Das Bundesverfassungsgericht formuliert dieses aus Artikel 103 GG abzuleitende Recht folgendermaßen: „Art. 103 Abs. 1 GG gibt den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem für die jeweilige gerichtliche Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern, und verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei kann es in besonderen Fällen geboten sein, die Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen will. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. Allerdings ist zu beachten, dass das Gericht grundsätzlich weder zu einem Rechtsgespräch noch zu einem Hinweis auf seine Rechtsauffassung verpflichtet ist. Auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, müssen daher die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich

alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und ihren Vortrag darauf einstellen".

Eine Entscheidung, solange sie eine Rechtsentscheidung und keine bloße Gewalt sein will, muss dem Betroffenen Einfluss auf die Sprache geben, die in der Entscheidung an die Stelle seiner eigenen tritt. Wenn dagegen diese Sprache schon vorher feststeht, haben wir kein Recht vor uns, sondern nur sprachlich verbrämte Gewaltausübung. Darin liegt die wichtige Rolle des Rechts auf Gehör.

Im ganzen handelt es sich um ein diesen Typus von Rechtsordnung kennzeichnendes Strukturprinzip, das aus der Verfassungsgebundenheit der Gesetzgebung, aus der Rechts- und Verfassungsgebundenheit aller sonstigen Staatstätigkeit und allgemein aus der Rechtsbestimmtheit staatlichen Verhaltens folgt. Das Vorstehende macht auch klar, warum die richterlichen Begründungspflichten im positiven Recht am sorgfältigsten ausgeformt sind. In methodisch nachweisbarer Bindung erlassene Entscheidungsnormen der Justiz sind im genannten Sinn „konstitutionell“; diese Bindung missachtende sind nicht nur nicht legal, sondern systematisch auch nicht gerechtfertigt, nicht legitim. Der Sache nach ist ein rechtswidriges Urteil bloße Gewalt; es ist Herrschaft eines Menschen (oder eines Gremiums) über andere Menschen, nicht mehr Herrschaft „des“ Rechts als einer den Rechtsstaat systematisch legitimierenden Instanz. In diesem Modell von Verfassungsstaat muss der Richter zum einen überhaupt entscheiden (Rechtsverweigerungsverbot); d. h. er darf sich nicht enthalten, Gewalt auszuüben. Und der Richter muss zum ändern rechtmäßig entscheiden; nicht aus Dezision, nicht aus eigener, sondern nur kraft „abgeleiteter“ Gewalt. Er darf - so der Anspruch des Rechtsstaats - die Gewalt nicht schaffen, er darf sie „nur“ funktionell vermitteln.

Soweit die allgemeinen Grundsätze. Die besonderen ergeben sich aus der jeweiligen Verfassung; für das Grundgesetz etwa aus Art. 1 Abs. 3 und den Grundrechten, aus Art. 19, Art. 79 Abs. 3, aus ungeschriebenen Rechtsstaatsgeboten, aus Art. 101, 103, nicht zuletzt auch aus Art. 100 (Prüfungspflichten), und so fort. Im normativen Rahmen solcher grundsätzlicher Anweisungen ist dann - eine Folge von Art. 97 Abs. 1 - die Bindung an die jeweils den Einzelfall regierenden Rechtsnormen zu realisieren: Der Richter muss methodisch dartun können, die von ihm gesetzte Entscheidungsnorm sei der Rechtsnorm, auf die er sich dabei beruft, und diese ihrerseits dem Normtext, von dem er ausgegangen ist, korrektermaßen zuzurechnen.

JM I, Rn. 222 ff.

Gewaltenteilungsprinzip

Zentral ist das Gewaltenteilungsprinzip. Im Bereich der Justiz würde sonst das außerhalb parlamentarischer Verfahren gesetzte Richterrecht ohne inhaltliche Vorsteuerung durch Normtexte zu einem Amtsrecht werden, das angesichts der schöpferischen Natur auch schon der normalen Konkretisierung den Parlamenten in dem betroffenen Bereich de lege lata überhaupt kein Funktionsreservat mehr beließe. Die traditionelle Doktrin zum (zivilrechtlichen) Richterrecht argumentiert so, als lautete Art. 92 GG: „Die rechtsprechende und - so weit sie es für erforderlich halten - die gesetzgebende Gewalt ist den Richtern anvertraut“. In der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes darf die Gerichtsbarkeit aber nicht zum Prätor, ihr Richterrecht nicht funktionell zum amtsrechtlichen Edikt werden, das die demokratisch entstandene und verantwortete Menge der Rechtssätze (die Normtexte) überspielt.

JM I, Rn. 109

Grammatische Auslegung, Stellenwert

Die Leistung des Wortlauts wird von der europarechtlichen Literatur fast durchgängig unterschätzt: „Die Eigentümlichkeiten des Gemeinschaftsrechts bedingen allerdings nicht unbeträchtlich Abweichungen hinsichtlich der Bedeutung und Gewichtung der unterschiedlichen Interpretationsmittel. So kommt dem Wortlautargument wegen der Existenz und prinzipiellen Gleichrangigkeit der verschiedenen Sprachfassungen der auszulegenden Normen eine vergleichsweise eingeschränkte Bedeutung zu.“ (Wegener, B., Art. 220) Häufig wird auch gesagt, dass der Gerichtshof mit einer Aussage über den Wortlaut lediglich beginne, diesen Einstieg jedoch schnell hinter sich lasse. Sein Ergebnis finde er dann mit Hilfe anderer Methoden. Eine empirische Analyse der EuGH-Rechtsprechung zeigt jedoch,

dass dies nicht zutrifft. Der EuGH verwendet das Wortlautargument nicht nur sehr häufig, sondern vor allem verwendet er es nicht als bloßen Einstieg. Der Wortlaut steht vielmehr nach Ausschöpfung aller anderen Canones als Argumentationsziel auch wieder am Ende. Eine Inhaltsanalyse der EuGH-Begründungen des Jahrgangs 1999 kommt bezüglich der Einschätzung des Stellenwerts grammatischer Auslegung zu folgendem Ergebnis: "In der Literatur wird überwiegend vertreten, dass der EuGH der grammatischen Auslegungsmethode nur geringe Bedeutung beimesse. Diese Annahme findet sich nach dem Ergebnis der vorliegenden Untersuchung indes nicht bestätigt. So enthalten von den 259 Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 nur 75 keine grammatikalische Auslegung, d. h. in 70 % der Entscheidungen des Jahrgangs 1999 argumentiert der EuGH mit der grammatikalischen Methode. In der Regel argumentiert der EuGH in einer Entscheidung ein- oder zweimal mit der grammatikalischen Methode. Daneben gibt es jedoch auch Entscheidungen mit drei bis fünf, seltener Entscheidungen mit mehr als fünf grammatikalischen Argumenten. (...) Die grammatikalische Auslegung ist, bezogen auf alle Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999, unter den 'klassischen' Auslegungsanones die häufigste Argumentationsform. Sie wird 569-mal und damit etwa doppelt so häufig verwendet, wie die zweithäufigste Argumentationsform, die teleologische Auslegung, die 234-mal herangezogen wird, und mehr als fünfmal so häufig, wie die systematische und die historische Auslegung, auf die sich der EuGH 105-, bzw. 114-mal beruft. Genetisch argumentiert der EuGH in den Entscheidungen des Jahrgangs 1999 ohnehin nur 20-mal."

Die eklatante Fehleinschätzung der grammatischen Interpretation erklärt sich aus der eigenartigen juristischen Sprachtheorie: „Bei - vorhandenen - Divergenzen des Wortlauts ist zunächst zu versuchen, die richtige Bedeutung im Sinne einer wörtlichen, sprachvergleichenden Interpretation durch einen Vergleich der Sprachfassungen zu eruieren (...). Ist diese semantische Interpretation nicht zielführend, so ist der Auslegung Ziel und Zweck des Vertrags zugrunde zu legen, wobei vom Prinzip 'in dubio pro communitate' auszugehen ist.". Die grammatische Auslegung soll demnach zur „richtigen“ Bedeutung führen. Aber den sprachlichen Anforderungen ist schon Genüge getan, wenn die fragliche Äußerung verständlich ist. Ob eine Bedeutung "richtig" ist, bedarf erst einer normativen Bewertung. Diese kann nicht das Wortlautargument liefern. Sie kann nur im Weg einer detaillierten sprachlichen Analyse aus den Anschlusszwängen eines bestimmten Sprachspiels begründet werden. Diese gegebenenfalls schwierigen Begründungslasten tauchen aber erst gar nicht auf, wenn man auf die alte Art die Frage nach der richtigen Bedeutung schlicht als Problem der grammatischen Auslegung behandelt. So zeigt sich die sprachtheoretische Prämisse, es gehe bei der grammatischen Auslegung um die richtige Bedeutung, als der zentrale Zug der klassischen Lehre. An die Stelle einer sprachlichen Untersuchung tritt die Sprache als Legitimationsinstanz. Daran sieht man deutlich, dass Rechtslehre und juristische Methodik durchaus kein Glasperlenspiel sind, sondern ihren Ort mitten in der dogmatischen Praxis haben. Ohne Reflexion betreibt man nicht etwa Praxis, sondern man wendet blind eine überholte Theorie an. Das gilt gerade auch für die juristische Methodenlehre, von der man zu Recht sagt, dass sie sich „nicht mit exotischen Randphänomenen beschäftigt, sondern mit dem täglichen Brot der Rechtsanwendung.“

Die Jurisprudenz hat nicht ausschließlich das Recht zum Gegenstand, sondern repräsentiert auch Teile der anderen Geistes- oder Sozialwissenschaften in ihrem Inneren. Vorliegend geht es um die den juristischen Entlastungsbedürfnissen dienende Sprachtheorie. Die Vorstellung, es gebe "die richtige Bedeutung", welche die Arbeit der Gerichte stabilisieren könnte, ist in Sprachtheorie und Linguistik längst überholt. Sie hat aber, und deswegen wird sie noch zu diskutieren sein, in der Rechtspraxis eine beträchtliche Entlastungsfunktion.

Die Unterschätzung des Wortlautarguments in der Literatur erklärt sich aus der simplen Sprachtheoriekonzeption, die hinter der Komplexität der gerichtlichen Praxis weit zurückbleibt. Hier wird der Wortlaut ausgeschaltet, indem man zu viel von ihm verlangt. Die semantische Interpretation soll zu einer Bedeutung führen, und diese soll nicht nur verständlich, sondern auch noch "richtig" sein. Der Wortlaut kann diese Forderung natürlich nicht erfüllen. Er liefert *verständliche* Bedeutungen als Lesarten des Normtextes, aber nicht die *einzige richtige*, sondern eine Vielzahl von konfligierenden. Daraus kann man aber nicht folgern, er sei als bloßer Einstieg irrelevant. Wenn man den Wortlaut vor die Drohung „richtige Bedeutung oder Leben!“ stellt, dann verliert er im Ernstfall der Argumentation immer sein Leben. Tatsächlich ist er aber als Lieferant von Lesarten und vor allem als Ziel juristischer Argumentation unverzichtbar.

JM II

Grammatische Konkretisierung, Spielraum

Zwischen Wortlaut und Wortsinn liegt die *Arbeit der juristischen Argumentation*. Die Vorstellung eines Wortlauts, der nur darauf wartet, vom juristischen Geist zum Leben des Wortsinns erweckt zu werden, kann der juristischen Grundsituation miteinander *konkurrierender* Lesarten nämlich nicht gerecht werden. Im praktischen Entscheidungskonflikt ist der Übergang vom Zeichen zur Bedeutung schwieriger als beim stillen Lesen im Lehnstuhl. Die herkömmliche Lehre hat diese Schwierigkeit bisher nur semantisch als „Vagheit“ oder „Mehrdeutigkeit“ der ansonsten angeblich festen Bedeutung gefasst.

Zwar soll es sich dabei nach gängiger Definition um zwei unterschiedliche „Phänomene“ handeln. Vage Ausdrücke sind demnach solche, die in ihrer lexikalischen Bedeutung nicht eindeutig durch ihren Bezug oder Gehalt bestimmbar sind. Sie sollen daher fallweise einer Präzisierung bedürfen, um mit ihnen einigermaßen sicher umgehen zu können. Bei der Mehrdeutigkeit oder Ambiguität sei dagegen zwar klar, welche Bedeutung das betreffende Wort hat; nur sind dies eben mehrere, so dass nicht klar sei, welche von ihnen nun konkret gemeint sein solle. Daher müsse hier die „Disambiguierung“ hilfreich eingreifen, indem sie anhand der Kontextdaten die Entscheidung für eine der Lesarten trifft.

Beiden Vorstellungen liegt jedoch eine Auffassung von Sprache zugrunde, die sich angesichts der praktischen Aufgaben, mit denen der Jurist bei der grammatischen Konkretisierung von Normtexten konfrontiert ist, als verfehlt erweist. „Bedeutung“ wird als eine mitgebrachte *Eigenschaft* von Wörtern angesehen. Da dies so sei, meint man, nun auch die Ausdrücke gleichsam in Isolationshaft nehmen zu können und dann zu sehen, wie es sich mit dieser ihrer Bedeutung verhält. Man kommt dann den genannten Fällen zu dem Schluss, dass diese aufgrund ihrer Unbestimmtheit bzw. Mehrdeutigkeit den Ausdruck derart unbrauchbar mache, dass die Bedeutung durch die genannten Manöver der Präzisierung oder Monosemierung erst einmal wiederhergestellt werden müsse.

Diese Auffassung hat Tradition, auch in der Linguistik. Sie geht auf die Gründerväter der modernen Logik, *Frege* und *Russell*, zurück. Sie wurde später durch die von *Carnap* geprägte „wissenschaftlichen Weltanschauung“ Wiener Provenienz auf die Spitze getrieben. *Frege* hatte sein Unternehmen einer die Sprache klärenden Begriffsschrift unter anderem mit der Unbrauchbarkeit der (durch Vagheit und Ambiguität gekennzeichneten) natürlichen Sprache für die Zwecke einer unmissverständlich präzisen Theorie begründet. Die "Unvollkommenheit der Sprache" sei den natürlichsprachigen Ausdrücken inhärent; zu ihr zählten neben der Mehrdeutigkeiten auch jene Fälle, „in denen die Bedeutungen des Wortes nur wenig verschieden sind, die leisen und doch nicht gleichgültigen Schwankungen". Zwar sieht *Frege* , dass dies zugleich die Bedingung dafür ist, Sprache flexibel genug zu halten, um den unterschiedlichsten Anforderungen an sie zu genügen und sie auch zur Fortentwicklung angesichts sich ändernder Verhältnisse fähig zu machen. Was dem Alltag indes recht sein mag, könne aber der Wissenschaft nicht billig sein, in der es, um ihre Aussagen rational beurteilen zu können, keinerlei Missverständlichkeiten geben dürfe.

Dem daraus gefolgerten *idealsprachlichen* Reformprogramm haftet indes bei näherem Hinsehen etwas Absurdes an. Dass Ausdrücke mehrdeutig sind, kann der logischen Semantik zufolge nichts anderes heißen, als dass nicht klar sei, worauf sie sich präzise beziehen. Idealerweise hat demnach ein Ausdruck *genau einen* Bezugsgegenstand. Dass Ausdrücke vage sind, kann dann wiederum nur heißen, es sei nicht klar , was genau sie über diesen besagen. Idealerweise trifft somit ein Ausdruck *genau eine* Zuschreibung: der eindeutig exakte Ausdruck ist auf eine absolute Singularität bezogen. Dies müsste dann aber auch jeglicher Temporalität und Lokalisierung entkleidet sein. Denn eine Differenz von Zeit und Ort hinsichtlich Bezugsgegenstand und zugewiesener Eigenheit lässt schon wieder darüber Zweifel aufkommen, welcher der in diesem Kontinuum unabzählbar setzbarer Punkte denn nun gemeint sein soll. Das „Ideal der Genauigkeit“ ist also in eben dem Moment erreicht, in dem es damit als Augenblick schon wieder vorbei ist. Genau dies macht die bekannte „Leere“ der Logik aus. Mit dem absolut präzisen Ausdruck wäre nichts gesagt und zugleich alles; das macht umgekehrt die Unbestimmtheit und semantische Offenheit des Ausdrucks total.

In ausgearbeiteter Form liegt dieses hier auf die Spitze getriebene Argument *Quines* These der prinzipiellen Unbestimmtheit sprachlicher Ausdrücke zugrunde, die auf der „Unerforschlichkeit der Bezug-

nahme“ und der empirisch nicht aufhebbaren Vielfalt der Lesarten bzw. „Übersetzungen“ beruht. (8) Natürlich entgeht dieses Problem den logischen Semantikern nicht. Sie sehen in der Aufhebung von Vagheit und Mehrdeutigkeit ein nur annäherbares Ideal, heben damit allerdings ihre eigene Position wieder aus den Angeln. Denn sonst stellt sich die Frage, woran denn der Grad jeweils erreichter Annäherung gemessen werden soll. Der Ausdruck selbst kann dafür nichts an Bedeutung hergeben; denn andernfalls brächte er ja schon mit, was durch seine Präzisierung erst erreicht werden soll. Also könnte das Maß der Annäherung darin liegen, inwieweit sich sein Gebrauch den jeweils an ihn gestellten Anforderungen genügt. Dann aber ist nicht einzusehen, warum der Ausdruck zunächst überhaupt als defizient apostrophiert werden sollte.

Eben dies ist die Stoßrichtung des Angriffs, den *Wittgenstein* auf die Grundfesten der logisch semantischen Position in dem Augenblick führte, da diese ihren Triumph in der philosophischen Welt feierte. Sofern ein Ausdruck überhaupt Sinn ergibt, „muss vollkommene Ordnung sein. – Also muss die vollkommene Ordnung auch im vagsten Satze stecken.“ Denn ergibt der Ausdruck Sinn, so heißt das, dass wir ihn gebrauchen und dass wir die Weise, in der wir es tun, in der Erklärung der ihm durch uns gegebenen Bedeutung formulieren können. Versagt sich der Ausdruck unserem kommunikativen Ansinnen, so bieten sich uns auch die Kriterien, anhand derer wir den Ausdruck weiter erklären, unseren Anforderungen anpassen und für weitere Verständigung zurichten können. *Wittgenstein* demonstriert das an dem für ihn grundlegenden *Begriff des Spiels* als einem mit jenen „unscharfen Rändern“, die - aufs Ganze gesehen - jeder Begriff aufweist. Für sich genommen mag, nicht klar sein, was man angesichts der Vielfalt der so benannten Aktivitäten genau mit dem Wort „Spiel“ meint: etwa vom Fußball über Pokern und Schach bis hin zum „Spiel“ der Kräfte oder dem der Gedanken. Diese verschiedenen Vorgänge weisen keinen ihnen notwendig zukommenden Grundzug auf, anhand dessen man sagen könnte, wann genau man es mit einem Spiel zu tun hat oder nicht; was also exakt das Wort „Spiel“ bedeutet. Die Antwort hängt ab davon, was man fallweise als leitendes Beispiel nimmt und im Vergleich womit man von einem Spiel möchte. Normalerweise tut man das; kaum jemand wird ohne jeden erkennbaren Zusammenhang das Wort „Spiel“ in den Raum stellen. In der Regel ist durchaus klar, worauf jemand hinaus will, wenn er von Spielen redet. Und wenn etwa ein Gericht zu entscheiden hat, ob bestimmte Vorgänge als „Glücksspiel“ zu bezeichnen sind oder nicht, dann stehen wiederum genügend Beispiele zur Verfügung, um den Gebrauch des Wortes zu erörtern und ihn für die anstehende kommunikative Aufgabe tauglich zu machen. Der Verständigung tut das keinen Abbruch; es fordert sie vielmehr heraus, wenn man kommunikativ zum Erfolg kommen will. Da jeder, auch der scheinbar genauest umschriebene Gebrauch des Ausdrucks „Spiel“ das Beibringen eines weitergehenden Beispiels herausfordern kann, ist - bis zur Praktizierung des Gegenteils - jegliche Exaktheit nur eine vorübergehende Episode. Genauigkeit, Bestimmtheit und Klarheit sind stets nur ein stillschweigender Vorbehalt, der so lange trägt, als nicht nachgehakt wird. In der Justiz weiß man das nur allzu gut. Denn eben die Klärung des einen Falls kann im nächsten Sitzungstermin schon Grundlage dafür sein, den Wortlaut des Normtextes erneut in Frage zu stellen.

Im Grund genommen „gibt“ es also gar keine in sich vagen oder mehrdeutigen Ausdrücke, damit übrigens auch keine in sich bestimmten: „Wortbedeutungen sind weder wohlbestimmt noch vage: sie sind schlechtbestimmt,“ und zwar ohne jeden pejorativen Beiklang. Das Problem der Vagheit und Mehrdeutigkeit stellt sich nur dort, wo man Ausdrücke von jeglichem Kontext und jeder Verwendungssituation isoliert betrachtet, also in einer kommunikativ völlig lebensfremden Lage. Von dem Moment an aber, in dem sie praktisch in Arbeit genommen werden, fragt es sich nur noch, ob man das avisierte Ziel (etwa die Entscheidung darüber, ob ein gesetzlicher Tatbestand gegeben ist) zu erreichen vermag oder nicht. Gelingt das nicht, so hat man anhand der Fragen, die dabei offen bleiben, auch bereits die Kriterien dafür in der Hand, durch weitere sprachliche Maßnahmen (andere Konkretisierungselemente, Argumente) zu einem Verständnis des fraglichen Worts zu kommen, das beim Konkretisieren des Normtextes hilft. Das aber heißt nichts anderes, als dass Vagheit und Mehrdeutigkeit keine mitgebrachten *Eigenschaften* sprachlicher Ausdrücke sind. Sie hängen von dem Zweck ab, zu dem diese Ausdrücke in der Verständigung in Anspruch genommen werden sollen, und damit auch von den Personen und Umständen, die dabei eine Rolle spielen. Vagheit und Mehrdeutigkeit sind allein pragmatisch begründet. Sie weisen auf einen (gemessen am Gang der Verständigung auftretenden) Klärungsbedarf hin. Vor Gericht ist das als der Streit um die Bedeutung des Wortlaues von Normtexten geradezu der institutionalisierte Alltag.

Daraus ergeben sich die Anforderungen an den Juristen, der Entscheidungen zu treffen hat. Entgegen den landläufigen Vorstellungen der Semantik bestehen sie nicht darin, einen unklaren Ausdruck zu klären. Es geht vielmehr darum die von den Parteien vorgetragenen divergierenden Lesarten auf eine einzige Bedeutungsklärung zu reduzieren, die der Entscheidung zugrunde zu legen ist. Das heißt nichts anderes, als für eine bestimmte Bedeutung zu argumentieren, die im vorliegenden Fall die tragende sein soll. Denn Sprache in sich selbst ist weder klar noch unklar; sie ist es immer jeweils für bestimmte Sprecher in bestimmten Situationen. Der Rechtsstreit zeigt das exemplarisch, denn durch das kontroversen Vorbringen der Parteien steht Klarheit gegen Klarheit. Es ist ja nicht etwa eine Verwaschenheit des Wortlauts, die den Streit provoziert hat, sondern eine Störung im gesellschaftlichen Zusammenleben, z.B. ein Konflikt von Interessen. Der Normtext, an dem sich der Jurist zu orientieren hat, weist von da her "zuviel an Klarheit", nämlich mehrere sich gegenseitig ausschließende Lesarten auf, und gleichzeitig (bis zur verbindlichen Entscheidung) "zu wenig an Klarheit". *Klarheit* erweist sich also nicht als die Lösung des Problems von Kontroversen über Bedeutung und als Ausgangspunkt für eine diese ausräumende Interpretation. Sie ist selber das Problem und kann nur das Ergebnis einer Argumentation sein. Mehrdeutigkeit und Vagheit sind keine Eigenschaften der Bedeutung. Sie sind Formen, mit denen man Konfliktkonstellationen im semantischen Streit beschreiben kann. Bei *Mehrdeutigkeit* stehen sich zwei oder mehr klar geschiedene Lesarten gegenüber. Bei *Vagheit* gibt es einen unstrittigen Bereich und einen streitigen. Es geht also nicht um Semantik. Es geht um Pragmatik.

Daraus ergibt sich Folgendes: Das Recht ist sprachlich nicht etwa unterbestimmt. Dieses Missverständnis entstammt den überzogenen Erwartungen der traditionellen obrigkeitsstaatlichen Methodik an die Sprache. Das Recht ist vielmehr überbestimmt. Doch trotz dieser Überbestimmung ist eine rationale Entscheidung möglich. Man muss, zum einen, diese Rationalität aus der Abgeschlossenheit des Richterzimmers in die Öffentlichkeit des Verfahrens versetzen. Den Übergang vom Text zur Bedeutung kann, zum andern, die grammatische Interpretation allein nicht bewältigen. Damit wären die Möglichkeiten juristischer Rationalität verstümmelt. Der Übergang muss am ganzen Arsenal der vorgebrachten Argumente überprüft werden, mit Hilfe aller einschlägigen Elemente der Konkretisierung. In diesem Gesamtrahmen kann die *grammatische Auslegung* auf dem Weg über Wörterbuch und subjektive Sprachkompetenz einen Beitrag leisten, der mitentscheidend, aber nicht allein entscheidend ist.

Es bedarf einer erheblichen Anzahl von Argumenten, um im Streitfall den *Übergang vom Text zur Bedeutung* zu bewältigen, mit anderen Worten vom *Normtext* zum *Text der* die Entscheidung tragenden *Rechtsnorm*. Ein einzelner Sprecher wäre hier zu wenig. Deswegen sieht das Recht ein Verfahren vor, in dem die Beteiligten mit gegenläufiger Perspektive um das Ergebnis ringen. Damit ist sichergestellt, dass der Vorrat an Argumenten zwar nicht unbedingt immer ausgeschöpft, aber doch jedenfalls sinnvoll genutzt wird. Der Richter muss den Bestand an Argumenten gegebenenfalls durch frühere vergleichbare Judikate ergänzen und am Ende, in der Begründung, die sich im Übergang vom Text zur Bedeutung als beständig erweisenden Argumente zusammenfassen. Nur dann löst er die Forderung an jede rechtsstaatlich orientierte Methodik ein: dass nämlich die Schwierigkeit der Auslegung *nicht* dazu führen darf, dem gesetzlichen Wortlaut jede Trennschärfe abzusprechen und jede beliebige Entscheidung mit dem Normtext für vereinbar zu erklären.

Als Ergebnis ist damit Folgendes festzuhalten: Das Recht ist sprachlich nicht unterbestimmt. Dieses Missverständnis resultiert aus den überzogenen Erwartungen der obrigkeitsstaatlichen Methodik an die Sprache. Das Recht ist vielmehr überbestimmt. Doch trotz dieser Überbestimmung ist eine rationale Entscheidung möglich. Man muss diese Rationalität nur aus der Einsamkeit des Richterzimmers in die Öffentlichkeit des Verfahrens versetzen. Den Übergang vom Text zur Bedeutung kann die grammatische Auslegung allein nicht bewältigen. Damit wäre die juristische Rationalität verstümmelt. Der Übergang muss am ganzen Arsenal der vorgebrachten Argumente überprüft werden. Nur in diesem Rahmen kann die grammatische Auslegung über Wörterbuch und subjektive Sprachkompetenz einen Beitrag leisten, der mitentscheidend, aber nicht allein entscheidend ist.

Es bedarf einer großen Anzahl von Argumenten, um im Streitfall den Übergang vom Text zur Bedeutung zu bewältigen. Ein einzelner Sprecher wäre hier zu wenig. Deswegen sieht das Recht ein Verfahren vor, in welchem zwei Parteien mit gegenläufiger Perspektive um das Ergebnis ringen. Damit ist sichergestellt, dass das Reservoir der Argumente zwar nicht ausgeschöpft, aber doch mindestens sinnvoll genutzt wird. Der Richter muss den Relevanzhorizont der Argumente gegebenenfalls durch

Judikate ergänzen und am Ende in der Begründung die stehen gebliebenen Argumente für den jeweiligen Übergang vom Text zur Bedeutung zusammenfassen. Nur dann löst er die Forderung jeder rechtsstaatlich orientierten Methodik ein, dass nämlich die Schwierigkeit der Auslegung nicht dazu führen darf, "dass jede Entscheidung mit einem Normtext vereinbar wäre."

JM I, Rn. 359a

Grammatische Konkretisierung zweiter Ordnung

Wenn man die gerichtliche Praxis der grammatischen Auslegung aufmerksam beobachtet, wird sogleich ein grundlegender Zusammenhang deutlich. Ein Gericht ist keine triviale Maschine, welche auf Input mit Output reagiert. Dieses mechanistische Paradigma ist längst überholt. Ein Gericht ist vielmehr eine nicht-triviale Maschine, welche ihren eigenen Output immer wieder zum Input macht und dadurch in ihrem eigenen Handeln einen Zusammenhang erzeugt. Für die grammatische Auslegung heißt das, dass die Gerichte nur bei neuen Begriffen, die sie bisher noch nicht bearbeitet haben, auf Wörterbücher oder auf die eigene Sprachkompetenz zurückgreifen. Bei Vorschriften, die eine stabile Dogmatik aufweisen, wird dagegen nicht mehr die Sprache beobachtet, sondern das eigene Tun. Hier tauchen zur Bedeutungsbestimmung die eigenen Entscheidungen des Gerichts auf. Ein Beispiel für einen derartigen Bestand an stabiler Dogmatik bietet im Grundgesetz etwa der Art. 33 Abs. V. Wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Beihilfefähigkeit von stationären Wahlleistungen den sprachlichen Gehalt von Art. 33 Abs. V GG erläutert, bezieht es sich auf eigene Entscheidungen: "Art. 33 V GG ist unmittelbar geltendes Recht (vgl. BVerfGE 8, 1 [11 ff.]; BVerfGE 9, 268 [286]; BVerfG 11, 203 [210]) und enthält einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber (vgl. BVerfGE 15, 167 [196]) sowie eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums. Darüber hinaus begründet die Norm ein grundrechtsgleiches Recht der Beamten, soweit ein hergebrachter Grundsatz ihre persönliche Rechtsstellung betrifft (vgl. BVerfG 8, 1 [11 f.]; BVerfGE 43, 154 [167]; BVerfGE 64, 367 [375]). Mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 V GG ist der Kernbestand von Strukturprinzipien gemeint, die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind (vgl. BVerfG 8, 332 [343]; BVerfGE 70, 69 [79]; BVerfG 83, 89 [98]). Hierzu gehören die Fürsorgepflichten (vgl. BVerfGE 43, 154 [165 f.]; BVerfGE 46, 97 [117]; BVerfGE 83, 89 [100]) und das Alimentationsprinzip (vgl. BVerfGE 8, 1 [14, 16 ff.]; BVerfGE 76, 256 [298]; BVerfGE 99, 300 [314])"

JM I, Rn. 359a

Grundnorm

Mit seinem Pochen auf bloße, der Lebenswirklichkeit entrückte Positivität des Rechts nahm der Positivismus die Minderung oder den Verlust rechtlicher Normativität in Kauf. Deren spezifische Bedingungen wie die Eigenart von Recht überhaupt gerieten in dem Maß aus dem Blick, in dem das Methodenideal einer sich noch nicht fragwürdig gewordenen Naturwissenschaft unkritisch auf Rechtsvorschriften übertragen wurde. Juristischer Positivismus in diesem Sinn ist nicht nur die Rechtstheorie, die sich bewusst auf positives Recht beschränkt und alle sonstigen, wenn auch herkömmlich als „Recht“ erfassten sozialen Ordnungen aus dem Rechtsbegriff verweist. Damit ist nur der jüngere, der sozusagen entnaturrechtliche Positivismus Kelsenscher Prägung erfasst, der das Manko einer verschwiegen unterstellten inhaltlichen Ideologie methodisch mit der Leerstelle der „Grundnorm“ zu ersetzen sucht. Pragmatisch ist die Kelsensche Position „logischer“ Positivismus ebenso wie der ältere, ideologisch ist sie Dezisionismus, weil sie auf Gerbers und Labands Einbettung des positiven Rechts in höhere „Rechtsbegriffe“ und so auf die damit entstandene Verankerung in den Verhältnissen der Entstehungszeit einer solchen Theorie verzichtet. Der ältere Positivismus ist dagegen, mit Kelsen verglichen, nicht konsequent positivistisch, sondern auf eine bestimmte soziale und politische Lage eingeschworen und auch nur aus seiner Funktion für diese voll erklärbar. Grundlage dieses Rechtsverständnisses ist die Verdinglichung von Rechtsvorschriften und juristischen Begriffen zu schlichter Vorgegebenheit. Diese verlässt leicht den Boden historisch fixierter Positivität und wird zur schlechten Metaphysik. Jede neugeschaffene Verfassung soll auf vorpositive juristische Elemente im Sinn einer auf die

Rechtswissenschaft übertragenen Anorganischen Chemie zurückgeführt werden können. Nicht nur einer Verfassung, sondern jeder Rechtsbildung überhaupt ist für diese Sicht „nur die tatsächliche Verwendung und Verbindung der allgemeinen Rechtsbegriffe“ eigentümlich. Jedes mögliche Rechtsinstitut kann mit absoluter Notwendigkeit „einem höheren und allgemeineren Rechtsbegriff“ untergeordnet werden. Mit einem methodischen Optimismus, der inzwischen auch den Naturwissenschaften abhandeln gekommen ist, werden dort rechtliche Vorschriften als unmittelbare Gegebenheiten im Sinn von Naturdingen behandelt.

Die Rede von der Einheit der Verfassung entstammt der Weimarer Zeit. Für Smend ist eine Verfassung die Normierung einzelner Seiten des Vorgangs, in dem der Staat seinen Lebensvorgang ständig herstellt; sie soll sich daher nicht auf Einzelheiten richten, sondern „auf die Totalität des Staates und die Totalität seines Integrationsprozesses“. Das ist ein Denken nicht nur auf das Ganze hin, sondern auch vom Ganzen und seiner Einheit her. Kelsen hat das Bedenkliche dieses Holismus festgehalten. Für ihn ist die Einheit des Staats nur normativ zu begründen, ist die Rechtsordnung nur als logische eine Einheit: mit der Eigenschaft, in Rechtssätzen beschrieben werden zu können, die einander nicht widersprechen. Die formale Größe „Grundnorm“ konstituiert die Einheit in der Vielheit der Normen. Demgegenüber wies Carl Schmitt auf das Unzulängliche einer Auffassung hin, die sich auf den positivistisch isolierten Imperativ beschränkt; es ist hinzuzufügen: vor allem auf die sprachliche Vorform der Norm, den Normtext. Doch überrollt der dezisionistisch existierende Wille, der nur sich selber will, jede sachgebundene Normativität; „das Ganze der politischen Einheit“ (Schmitt) bietet ein extremes Beispiel für unstrukturierten Holismus. Totalität als Quelle von Argumenten neigt zur Macht und ihrer ungestörten Handhabung. Dagegen stehen im Rechtsstaat die Gebote der Rechts- und Verfassungsbindung, der Tatbestandsbestimmtheit, Methodenklarheit und der zureichenden rationalen Begründung. Ein Schlussfolgern vom Ganzen und seiner Einheit her genügt nicht den Anforderungen an demokratisch gebundene, rechtsstaatlich geformte Methoden.

JM I, Rn. 83, 384

Güterabwägung

Zwar nicht die Berechtigung gesetzespositivistischer Selbstgenügsamkeit, wohl aber die Unverzichtbarkeit rechtsstaatlich-disziplinierender Elemente in der gesetzespositivistischen Arbeitsmethode zeigt sich ferner angesichts der Versuche, die Grundrechte durch Güterabwägung, durch den Vorbehalt der „allgemeinen Gesetze“ oder durch „Mißbrauchs“formeln von angeblich materialer Vorrangigkeit zu begrenzen. Sowenig Grundrechtsnormen, für sich genommen, als Ausdruck von „Werten“ zulänglich erfassbar sind, sowenig können Grundrechtseinschränkungen, die weder auf einen Gesetzesvorbehalt noch auf ein durch einen solchen getragenes Vorbehaltsgesetz stützbar sind, unter Berufung auf die Totalität eines verfassungsrechtlichen „Wertsystems“ gerechtfertigt werden. Das Ganze der Verfassung als solches ist weder von normativer Kontur noch von normativer Qualität. Als „rigide“ Verfassung fordert das Grundgesetz Normklarheit und Deutlichkeit des geltenden Verfassungsbestandes, gebietet es optimale Methodenklarheit im Umgang mit positivem Verfassungsrecht. Fehlende positivrechtliche Ansatzpunkte für Grundrechtseingriffe sind durch verfassungstheoretische Überlegungen nicht ersetzbar. Das gilt trotz der gebotenen Abkehr von einem nur-formalen Verfassungsdenken, trotz der Anerkennung positiver Deutungsvarianten der Gesetzesvorbehalte. Doch sind die Gesetzesvorbehalte in ihrer Funktion als formalisierte Eingriffsermächtigungen für die Freiheitsgarantien auch weiterhin unentbehrlich.

Die Ganzheit eines grundrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Wertsystems ist auch mit Hilfe des formalen Prinzips der sogenannten Güterabwägung nicht rationalisierbar. Dieser Grundsatz entbehrt leitender normativer Anhaltspunkte im Grundgesetz, die über die formale Typik der Ausgestaltung der Grundrechtsgarantien und der Abstufung der Gesetzesvorbehalte hinausgehen. Das Prinzip kann keine inhaltlichen Maßstäbe zur Verfügung stellen, die rechtsstaatlichen Anforderungen an Normklarheit, Methoden- und Rechtssicherheit genügen. Im übrigen ist Güterabwägung mit ihrer grundsätzlichen Annahme von Axiomen wie „Vorrang“ oder „Höherwertigkeit“ verfassungsrechtlicher „Interessen“ bzw. Rechtsgüter stets in Gefahr, im praktischen Fall eine Verfassungsnorm zu ausschließlich auf Kosten einer anderen „vorgehen“ zu lassen. Im Fall einer Kollision von Verfassungs- und Unterverfassungsrecht bleiben die Verfassungsnormen verbindlicher Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Geset-

zesrechts. Soweit das Prinzip der Güterabwägung auf materielle Erwägungen zurückgreift, die im Einzelfall nicht dem Detail positivrechtlicher Regelung entnehmbar sind, bleibt es mit seiner immer wieder unterlaufenden Bewertung von Grundrechten und grundrechtsausgestaltenden Gesetzen als gleichrangig alle erforderlichen Kriterien von hinreichendem Normrang schuldig. Soweit die Verfassung durch direkte Normierung, vor allem durch formale Vorzugsregel, eine Art von „Höherwertigkeit“ deutlich macht, genauer gesagt: soweit sie eine Höherbewertung politischer oder ethischer Herkunft durch formale Vorzugsnorm verbindlich zur Geltung bringt, ist „Güterabwägung“ entbehrlich. Soweit die Verfassung das nicht tut, reicht der Hinweis auf das nicht-normative Ganze der Verfassung oder eines verfassungstheoretischen bzw. verfassungsrechtlich postulierten Wertsystems als rechtsstaatliche Basis für Grundrechtseingriffe nicht aus. Die Abstufung der Gesetzesvorbehalte, die Anordnung unmittelbarer Bindung der Legislative an die Grundrechte, die Vorschriften des Art. 19 Abs. 1 und 2 GG, die Einrichtung einer auch die Normenkontrolle umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit und andre Regelungen des Grundgesetzes legen für die Rolle der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich die Verteilung normativer Maßstäblichkeit verbindlich fest. Solche differenzierenden Regeln, Abstufungen und Einrichtungen des Verfassungsgesetzes können beim Versuch, den methodischen Unzulänglichkeiten des Gesetzespositivismus zu entkommen, nicht durch materiale Erwägungen des Einzelfalls „abwägend“ unterlaufen werden, sollen nicht die Grundrechte dem rechtsstaatlich nicht legitimierbaren Vorbehalt letztlich irrationaler Einzelentscheidung überantwortet werden. Verfassungsinterpretation überschreitet ihre Grenzen, wenn sie eine normativ im einzelnen nicht greifbare Totalität einer vorausgesetzten Wertordnung an die Stelle der Ermittlung der „sachlichen Reichweite eines Grundrechts“ setzt. Nicht nur der grundrechtliche Wesensgehalt, sondern allgemein der normative Sachgehalt kann nur für jedes Grundrecht gesondert ermittelt werden.

JM I, Rn. 71 f.

© (Online-Fassung) Ralph Christensen 2004