

L

Legitimität, Verfassungsordnung
Legitimität, Verfassungsstaat
Legalität, Gesetzesrecht
Legalität, Strukturen, Funktionen
Legalität, Verfassungsordnung
Legitimität
Legitimationsstruktur
Legitimationstransfer
Leitsatz
Lex ante casum
Lexikologie, Wörterbuch
Lücke

Legitimität, Verfassungsordnung

Für die „verfassunggebende Gewalt“ liegt die Konkretisierung der Verantwortlichkeit vor dem Volk im Festhalten an den als legitim akzeptierten Normen, Institutionen und Grundsätzen der Verfassungsordnung, die nach ständiger Aktualisierung verlangen. Für die sonstigen Staatsgewalten liegt die Konkretisierung der Verantwortung vor dem Volk darin, diesen Anforderungen der verfassunggebenden Gewalt nachzukommen. Angesichts der Erwartungen, die unter dem Aspekt verfassunggebender Gewalt an die praktisch verwirklichte Verfassungsordnung gestellt werden, erweist sich diese als durchgehend normativ strukturiert. Verfassunggebende Gewalt als sachlicher Kernbestand der Verfassung und die übrigen verfassungsrechtlichen Normen stehen im Verhältnis des Fundaments zu den ins einzelne gehenden Aktualisierungen, nicht aber in dem einer sachleer-dezisionistischen Isolierbarkeit. Beide, der verfassungsrechtliche Normenkern und die Verfassungsrechtsordnung im ganzen, sind in der Zeit normativ. Sie sind zwei verschiedene Aspekte von Legitimität als eines geschichtlich zu realisierenden normativen Anspruchs des Verfassungsstaats.

Somit ist die Frage nach Legitimität eine Frage nach Normen. Sie ist die Frage nach einem sachbestimmten Ordnungsmodell, nach einem Gestaltungs- und Tätigkeitsentwurf staatlicher Organisation. Legalität ist gegen Legitimität auf dem Boden der hier entwickelten Theorie der Rechtsnorm nicht ins Feld zu führen, solange die Konkretisierungen verfassunggebender Gewalt in Verfassungsgesetzgebung, Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung, Rechtsprechung und im „Verfassungsleben“ insgesamt auf dem Boden des normativen Legitimitätskerns bleiben. Herkömmliche Interpretation der Verfassungsgesetztexte wie umfassende Konkretisierung der Verfassungsnormen mit Hilfe der hier vorgeschlagenen Strukturierenden Methodik lassen somit keine Möglichkeit, berechtigtermassen Legalität gegen Legitimität oder Legitimität gegen Legalität zu Lasten der normativen Kraft der positiven Verfassung auszuspielen, solange der normative Kern (den Art. 79 Abs. 3 GG unter dem Teilaspekt der Verfassungsänderung zu formulieren versucht) gewahrt bleibt.

Die Frage der Legitimität stellt sich auch mit Blick auf den hier gegebenen Begriff der (vom Rechtsarbeiter jeweils erst zu konstruierenden) Rechtsnorm. In einer rechtsstaatlich unentwickelten (archaischen oder diktatorischen) Ordnung bedarf es keiner „Rechtsnorm“. Dort genügen

(1) im Gewohnheitsrecht die tradierten Formeln (die keine „Normtexte“ sind) zusammen mit dem Ausspruch der Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalls; beziehungsweise

(2) in nicht-rechtsstaatlichen Ordnungen mit Kodifikationen (sei es historisch früh, wie schon in der sumerischen Polis, sei es in Diktaturen) die fraglichen Normtexte, ergänzt durch den Ausspruch der Entscheidung.

In diesem zweiten Falltypus gibt es zwar geschriebene Gesetze, aber keinen Verfassungsstaat mit Rechtsstaatsnormen, auch nicht den entwickelten Zusammenhang: politische Demokratie - Rechtsstaat - rechtsstaatlich rationalisierte Rechtsmethodik. Eben dieses verfassungsrechtliche Umfeld, das hier noch fehlt, macht die „Rechtsnorm“ im demokratischen Rechtsstaat vom Typus des Grundgesetzes notwendig und funktional.

In den beiden vorgenannten Typen von Staatswesen trägt die Entscheidung sei es persönliches Charisma oder traditionale Legitimierung im ersten, sei es die bereits kodifizierte Autorität bzw. der diktatorische Gewaltzusammenhang im zweiten Fall.

Immer aber legitimiert die Einzelfallentscheidung als solche; sei es durch diese Richterperson (Gewohnheitsrecht mit zum Teil auch noch charismatischer Legitimierung), sei es durch einen richterlichen Funktionsträger (frühe Rechtsordnung mit Kodifikationen), sei es durch einen Funktionär der Diktatur. Die typische Textabfolge kennt nur zwei Stufen: „Wer das und jenes tut, wird so und so bestraft“ (Gewohnheitsrechtsformel oder bereits kodifizierter Normtext) - „Der Angeklagte wird so bestraft“ (Entscheidungsformel).

Im rational organisierten und demokratisch entwickelten Rechtsstaat wird dagegen das Zwischenglied der vom Rechtsarbeiter abstrakt und generell zu formulierenden Rechtsnorm zur nunmehr allgemeinen, d. h. verallgemeinerungsfähigen Legitimation gebraucht und daher in Form eines abstrakt/generell vertexteten und niedergeschriebenen „Leitsatzes“ als zusätzliche Textstufe eingeschaltet. Die dafür typische Textabfolge lautet (unter Überspringen der weiteren Stufen von Normprogramm- und Normbereichstexten): „Wer das und jenes tut, wird so und so bestraft“ (Normtext) - „In einem Fall wie diesem ... muss - wer auch immer - stets so bestraft werden“ (Text der Rechtsnorm) - „Da es sich vorliegend um einen derartigen Fall handelt, wird der Angeklagte so bestraft“ (Text der Entscheidungsnorm).

Auch unter dem speziellen Aspekt der im Einzelfall erst zu erzeugenden Rechtsnorm legitimiert nur, was verallgemeinert werden kann; ist Legitimität an die rationale Allgemeinheit der europäischen Aufklärung, an Kommunizierbarkeit, Nachvollziehbarkeit, Einsichtigkeit gebunden. Moderne Diktaturen oder sonstige autoritäre Gemeinwesen der Neuzeit sind, auch unter diesem Gesichtspunkt, Rezidive, sind Rückfälle in den Typus der Legitimation in actu (Einzelentscheider, Einzelfall) ohne Rücksicht auf die Generalisierbarkeit und damit auch auf die Schriftlichkeit, die Textlichkeit ihrer Gründe. In den Rechtsstaaten bietet das Institut der Gnadenentscheidung das Beispiel eines archaischen Relikts, bestimmten (in diesem Fall symbolisch überhöhten, pseudo-charismatischen) Funktionären an der Staatsspitze rechtlich überantwortet und - im Unterschied zur gesetzlichen Amnestie personal gefärbt, diskretionär, sich in actu selbst rechtfertigend. Die rechtspolitischen Versuche, das Begnadigungsrecht an gesetzlich formulierte Voraussetzungen und Maßstäbe zu binden, wollen den Archaismus, der in diesem Rechtsinstitut fortbesteht, sozusagen rechtsstaatlich aufholen.

JM I, Rn. 293 ff.

Legitimität, Verfassungsstaat

Nach noch herrschender Rechts„anwendungs“lehre haben Gesetze einen Inhalt, der vom Willen ihres Autors bestimmt ist. Dieser „objektive Wille des Gesetzgebers“ ist durch den Vorgang schriftlichen Setzens, durch Kodifizierung „objektiviert“ worden. Auf solche Art in die Normtexte hineingelegt, muss und kann der inhaltliche „Wille“ von den Richtern und von anderen Funktionären, die zur Rechtsentscheidung befugt sind, mit Hilfe des überkommenen Kanons herausgeholt, aus-gelegt werden: für „die Auslegung einer Gesetzesvorschrift“ ist demnach „der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierete Wille des Gesetzgebers maßgebend (...), so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt“. Es spricht also der Gesetzgeber (durch den Mund des Richters), nicht etwa der Richter. Ungereimtheiten dieses Modells werden herkömmlich als Randphänomene (z. B. bei Generalklauseln, Ermessenstatbeständen, unbestimmten Rechtsbegriffen) eingeräumt, in solchem Rahmen auch sogenannte volitive Faktoren richterlichen Handelns wahrgenommen. Im Grundzug aber steht das Modell fest wie Erz: Der Rechtsfall kennt eine richtige Entscheidung (nämlich die Anwendung des inhaltlich objektiven, textlich objektivierten Willens „des“ Gesetzgebers auf eben diesen Fall); diese wird durch den Text kognitiv vermittelt, vom Richter kognitiv ermittelt und durch Urteilsspruch ausgeführt.

Dieses vertraute Modell macht Voraussetzungen (jeweils einzige richtige Deutung, Sinnzentrum, objektive Sinneinheit des Textes), die vor dem Forum einer inzwischen seit Jahrzehnten entfalteten neueren Sprachphilosophie und heutiger linguistischer Texttheorie illusionär erscheinen. Juristische Erfahrung hatte dort, wo sie hinreichend luzide reflektiert war, schon früher erkannt, dass „jeder Sinn nur

Teilsinn in einem unendlichen Sinnzusammenhang ist und in diesem Sinnzusammenhang unübersehbare Wirkungen hervorruft".

Die Rechtsentscheidung ist schon - und vor allem - deshalb nicht die einzig richtige, weil sie Text ist. Jedenfalls innerhalb der Textstruktur eines demokratischen Rechtsstaats kann sie außerhalb von Sprache nicht existieren. Rechtsnorm, Entscheidungsnorm und Begründung müssen sprachlich formuliert werden; und als Text sind sie nie in Quarantäne, sind sie vor anderem Text (der ihnen vorhergeht, der sich auf sie pflöpft, der sie kritisiert und - alternativ - kommentiert) nie sicher. Und dabei pflegt sich herauszustellen, dass in aller Regel noch zumindest ein anderer Text von Rechtsnorm, Entscheidungsnorm und „Gründen“ als vertretbar erscheint; dass also die erste Version der Entscheidung ebenfalls nur „vertretbar“ genannt werden kann.

Aussagen wie „Juristisches Entscheiden ist nicht Finden, sondern Produzieren“; „Rechtsarbeit ist Textarbeit“; „die Arena praktischer Rechtswissenschaft ist konstituiert durch Text, Text und Text“ sind offenbar so banal, dass das alte Paradigma all das nicht bemerkt hat; und sind so wenig banal, dass es (bereits) an ihnen scheitert.

Die Unbeherrschbarkeit „meines“ Sinns, die des Sinnzentrums, das ich in den Text legen „will“, ist nicht eine Randerscheinung. Sie ist das - in aller Regel verdrängte - Grundphänomen der Vertextung; ist zudem noch kategorial verschärft im Augenblick des Verschriftens. Dem schriftlichen Text ist eine Sinneinheit, ist ein Sinnzentrum (und noch weniger sein einer Sinn) nicht unterzuschieben. Er wird durch andere (schriftliche) Texte in einen ebenso unvermeidlichen wie unabbbrechenen Semantisierungsvorgang und - nicht zuletzt auch als juristischer Text -in als solche ebenso wenig beendbare semantische Kämpfe, in praktische Sprachkämpfe hineingezogen. Diese Vorgänge und diese Kämpfe sind es, welche die Realität der Rechtsarbeit ausmachen; und nicht das kognitive Auffinden des einen richtigen „Normsinns“, nicht das getreue Anwenden des „objektiv/objektivierten“ gesetzgeberischen „Willens“.

Das heißt nicht etwa, der Streit über „den Sinn des Gesetzes“ sei sinnlos; er ist vielmehr für die Rechtsordnung funktional. Genauer gesagt: die Auseinandersetzungen um die Bedeutsamkeit (des Normtexts), die materielle Bedeutung für einen Fall wie diesen (die Rechtsnorm) und die verfahrensrechtliche Bedeutung für den vorliegenden Fall (die Entscheidungsnorm) finden ständig statt, machen die für juristische Entscheidungsarbeit kennzeichnenden semantischen Kontroversen aus. Aber es heißt, dass keiner der an ihnen Beteiligten den Gang, den Ausgang und den Fortgang der Bedeutungszuschreibungen durch die anderen „im Griff haben“ sowie in Zukunft „im Griff behalten“ kann.

Auch die Institutionen des demokratischen Rechtsstaats beruhen auf (zu interpretierenden, änderbaren) Texten. Gewalt wird erst durch Sprache (durch versprachlichtes Recht) zu legitimer Macht: Blätter bedruckten Papiers zwischen dem bellum omnium contra omnes und der res publica. Zwischen dem Natur- und dem Gesellschaftszustand steht (so und nicht anders - aber das ist nie ein für allemal klar) organisierte Sprache.

Gerade auch die Normprogramm- (in der Tradition: Wortlaut-)grenze hat als Grenze etwas Gewalttames. 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 Grenze 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.

JM I, Rn. 505 ff., 516

Legalität, Gesetzesrecht

In einigen Entscheidungen haben verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung versucht, aus der Vorstellung eines „vorverfassungsrechtlichen“ bzw. „vorverfassungsmäßigen“ Gesamtbildes Folgerungen für die Konkretisierung von Vorschriften des Grundgesetzes bzw. für das Messen von Gesetzesnormen an ihnen zu ziehen. Dieser Versuch gründet sich auf die Annahme, der Gesetzgeber einer Kodifikation und nicht zuletzt der Verfassungsgeber gingen in Einzelbereichen mangels deutlich abweichender Regelung von den Grundzügen der geltenden (unterverfassungsrechtlichen) Rechtslage aus; und für die Verfassung im ganzen von die einzelnen Sätze ihrer geschriebenen Normen verbindenden, von „innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen“, die eben wegen ihres zusammenfassenden Charakters nicht in besonderen verfassungsrechtlichen Normen ausgesprochen würden. Es handelt sich also um zwei Gruppen von Fällen. Einmal wird ein „Gesamtbild“ in Form des vorkonstitutionellen Zustands eines unterverfassungsrechtlichen Teilrechtsgebiets gesucht, das an der Verfassung gemessen werden soll. Gegen dieses Verfahren ist solange nichts einzuwenden, als seine Rolle eine heuristische bleibt. Die verbindlichen Maßstäbe sind die des aktuell geltenden Verfassungsrechts. Die Legalität von Gesetzesrecht hat sich an der hier und heute verbindlichen Verfassung auszuweisen. Der Rückgriff auf ein vorverfassungsmäßiges Gesamtbild eines Bereichs der einfachen Rechtsordnung ist damit nichts anderes als ein Unterfall historischer (und unter Umständen auch genetischer) Auslegung.

JM I, Rn. 389

Legalität, Strukturen, Funktionen

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 vor-geformten 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, Ver-

fassungsgesetzgebung 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, Rn. 291

Legalität, Verfassungsordnung

Eine Methodik, die verfassungstheoretische Vorgriffe von solcher Entschiedenheit wie das Postulat einer materialen Einheit der Verfassung nicht vollziehen will, kann auf einem ideologisch weniger standortgebundenen Feld Strukturen und Funktionen von Verfassungsrecht in dieser Rechtsordnung auf vielfältige Weise herausarbeiten. Das ist hier an Einzelpunkten schon geschehen. Einige Gesichtspunkte seien noch einmal kurz zusammengefasst. Abgesehen von Postulaten materialer „Einheit“ oder gar von „Wertordnungen“ oder „Wertsystemen“, lässt sich sagen, eine Verfassung sei ihrem Sinn nach in der Tat mehr als ein sachleeres, rein formalistisch praktikables „Normen“gerüst. 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 vor-geformten 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.

„Legalität“ wird traditionell leicht abwertend mit der „bloßen“ Gesetzmäßigkeit des positiven Rechts gleichgesetzt, „Legitimität“ dagegen mit so freundlichen Gegenständen wie „der Rechtsidee“ oder jedenfalls mit der einen oder anderen Spielart von „überpositiven Werten“. Hier sei dagegen Legalität das emphatisch positive Ergebnis der Feststellung, dass den vorgeschriebenen Formen und Verfahren genügt worden ist; und Legitimität die Kurzformel für die Bewertung, dass die Ergebnisse legalen Handelns auf der Linie der Verfassung und vor allem auch ihrer zentralen positivrechtlichen Maßstäbe (Normtexte) begründet werden können.

Legalität und Legitimität der Teilrechtsgebiete sind durch die Verfassung aufrechtzuerhalten, Legalität und Legitimität der Verfassungsordnung nur durch diese selbst. In solchem normativen Zusammenhang sind Grundbestimmungen der Verfassung wie Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“) oder wie in der Präambel („kraft seiner verfassunggebenden Gewalt“) zu sehen. Verfassungsrechtliche Wortlaute, die das „Volk“ zum Subjekt normativer Aussagen machen, sollten weder

metaphysisch noch fiktiv oder zynisch sein, noch sind sie (mit Einschränkungen im Umkreis des Demokratischen) naturalistisch. „Staatsgewalt“, die „vom Volke“ ausgehen soll, verfassunggebende Gewalt, die „des Volkes“ sein soll, betreffen den normativen Kernbestand derjenigen Verfassungsfamilie, in der allein sich die Frage nach der verfassunggebenden Gewalt als Frage nach der Legitimität verfassungsrechtlicher Ordnung stellt. In dieser Verfassungsfamilie hat sich diese Frage als Formulierung eines bestimmten Legitimitätskerns entfaltet. Er wurde entwickelt bei dem geschichtlich immer wieder ansetzenden Versuch einer Realisierung der Idee von einem „dem Volke“ zustehenden, „vom Volke“ her kommenden, „dem Volke“ verantwortlichen, um „des Volkes“ willen existierenden und wirkenden Staatswesen freiheitlich-rechtsstaatlicher und bürgerlich-demokratischer Prägung.

Die bisherige Analyse erlaubte eine neue Konzeptualisierung; und diese führt zu einem doppelten Begriff von „Verfassungsgemäßheit“. Es ergibt sich ein dreistufiges Modell: zunächst nach der Verfassungsform in „Verfassungsstaat“, „Rechtsstaat“ und „rechtsstaatliche Demokratie“ strukturiert. Sodann nach der Haltung zur Verfassung: normatives Denken, formal rechtsstaatliches und material rechtsstaatliches Denken. Auch das formal rechtsstaatliche der zweiten Stufe ist dabei keine vage „Rechtsstaatsidee“, sondern die konkrete Normierung rechtsstaatlicher Figuren in einer bestimmten Verfassung: Die geschriebenen Normtexte (der Konstitution) „gelten“. Sie müssen, in den einschlägigen Fällen, vollständig herangezogen und korrekt verarbeitet werden.

Das dritte Register nach „Verfassungsform“ und „Verfassungsdenken“, auf dem das Dreistufenmodell abgebildet werden kann, ist das der Theoriekonzepte. Hier folgen aufeinander: Verfassungsgemäßheit für die erste, Legalität für die zweite, Legitimität für die dritte Stufe.

Auf der ersten ist die Verfassungsordnung positiv, auf der folgenden legal, auf der abschließenden legitim. Die drei bauen aufeinander auf und implizieren einander fortlaufend. Legalität setzt Positivität der Verfassung voraus. Legitimität diese plus Legalität. Wo, umgekehrt, die Positivität der Verfassung (die „Verfassungsgemäßheit“ im analytischen Sinn) unterminiert wird, dort geht es weder legal noch legitim zu.

Dieses Konzept erlaubt es, „Legalität“, „Legitimität“ und „Verfassungsgemäßheit“ begrifflich genauer zu fassen. Legalität wird (v.a. in der rechten Tradition) gern mit der „bloßen“ Gesetzmäßigkeit des Rechts gleichgesetzt; hier soll sie dagegen die sehr wichtige Feststellung resümieren, dass den positiv vorgeschriebenen Formen und Verfahren auf redliche Weise Genüge getan ist. Legitimität wurde dann entsprechend mit überpositiven „Werten“, wie beispielsweise „der Rechtsidee“ in Verbindung gebracht, um sie von Legalität abzugrenzen. Das ist für den Verfassungsstaat der Moderne aber erstaunlich obsolet. Hier ist „Legitimität“ dagegen ein Begriff des positiven Rechts. Er drückt die Bewertung aus, die Ergebnisse legalen Handelns auf der Basis der positiven Konstitution stimmten mit deren Zentralnormtexten und Strukturprinzipien überein und erlaubten weiterhin eine offene, rechtlich legale freie Debatte über die Legitimitätsgründe und -argumente; blieben also auch nach Gesetzeskraft von Normtexten, Bestandskraft von Verwaltungsakten und Rechtskraft von Urteilen weiter positiv plus legal plus legitim unstreitbar. Das ist „Verfassungsgemäßheit“ im vollen Sinn. Daneben bleibt natürlich die bisherige Gebrauchsweise dieses Ausdrucks weiterhin vertretbar; je nach tatsächlichem Kontext sollte „Verfassungsmäßigkeit“ ‚im engeren Sinn‘ bzw. ‚im weiteren Sinn‘ hinzugefügt werden.

Im engeren Sinn heißt: die Verfassung wird als positiv „geltend“ anerkannt; alles (staatliche) Rechtshandeln ist an ihr zu messen. Legal im Sinn dieses formalen Rechtsstaats kann auch ein nicht-demokratisches, ein im Kern autoritäres System sein (gegenwärtig der Typus Singapur). Zur Konstitutionalität der demokratischen Staaten tritt noch die Legitimität im soeben erläuterten Verständnis hinzu; das ist dann „konstitutionell“ im weiteren Sinn.

Soweit sich die erarbeitete Verhältnisbestimmung der Konkretisierungselemente für Konfliktsfälle zu verbindlichen Vorzugsregeln verdichtet hat, wirkt sie nicht aufgrund geisteswissenschaftlicher, philosophischer, rechtstheoretischer oder methodologischer Konzepte, sondern als Gebot positiven Verfassungsrechts. Zwar wurde sie hier am Grundgesetz entwickelt. Doch gilt sie wegen ihrer normativen Herkunft und wegen der rangüberlegenen Verbindlichkeit des Verfassungsrechts für die gesamte Rechtsordnung auch für die Methodiken der anderen Rechtsdisziplinen. Das Grundgesetz hat eine Reihe von Zügen, die es als „rigide Verfassung“ bezeichnen lassen. Es kennt eine Formstrenge der Verfassung, Textstrenge ihrer Urkunde und rechtsstaatliche Klarheitsgebote. Sein Verbot der Verfassungsdurchbrechung (Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG) entspricht dem Postulat der Textvollständigkeit. Unge-

schriebene Tatbestände, die zur Einschränkung von Grundrechten führen, sind ausdrücklich ausgeschaltet; zulässigerweise grundrechtseinschränkende Gesetze unterliegen zusätzlich einem Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 1 und 2 GG). Daneben hat die Verfassung noch weitere Gebote der Normklarheit und der Tatbestandsbestimmtheit normiert. Diese Besonderheiten des Grundgesetzes als einer ausgesprochen formstrengen demokratischen Verfassung kommen zu der grundsätzlichen Feststellung hinzu, hier handle es sich nicht um eine gewohnheitsrechtliche, sondern um eine ebenso ausführlich wie ausdrücklich vertextete Verfassungsordnung. Ihre Legalität und Legitimität sind mit den demokratischen und rechtsstaatlichen Mitteln, deren sich das Grundgesetz bedient, an die Vollständigkeit, Zuverlässigkeit und hinreichende Deutlichkeit seiner Vertextung gebunden. Das begründet für den Fall methodologischer Konflikte den Vorrang der jeweils normtextnäheren Konkretisierungselemente.

JM I, Rn. 291 ff. 454

Legitimität

Eine Entscheidung, die sowohl rechtstheoretische als auch methodische Grundlagenfragen aufwirft, ist die sogenannte Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2003. Die aus Afghanistan stammende und seit ihrer Kindheit in Deutschland lebende deutsche Staatsangehörige L. hatte sich in ein Beamtenverhältnis als Lehrerin an Grund- und Hauptschulen beworben. Sie äußert die Absicht, ihre religiöse Verwurzelung in der muslimischen Glaubensrichtung durch das Tragen eines Kopftuches auch im Unterricht Ausdruck zu verleihen. Das Oberschulamt lehnt daraufhin den Antrag mit der Begründung ab, dass der Antragstellerin wegen der Absicht, ein Kopftuch tragen zu wollen, die für das Lehramt erforderliche Eignung fehle. Der Fall fand starke Beachtung in der Öffentlichkeit und ist teilweise zum "modernen Kulturkampf" hochstilisiert worden. In der wissenschaftlichen Literatur wird vertreten, dass die mit dem Kopftuch ausgedrückte islamische Orientierung im Widerspruch zum Menschenbild des Grundgesetzes stehe. Ein solches Menschenbild gibt es im Grundgesetz aus guten Gründen nicht. Sobald man den Menschen definiert, besteht die Gefahr, dass diejenigen, die der Definition nicht genügen, unmenschlich behandelt werden. Deswegen hat das Grundgesetz die historisch gewachsenen Freiheitsrechte nicht zu einem einheitlichen Menschenbild zusammengefasst. Entsprechende Behauptungen dienen nur dazu, die Ausübung von Freiheitsrechten, mit der man nicht einverstanden ist, zu diskreditieren. Die Gerichte haben sich auf solche Spekulationen nicht eingelassen. In der Entscheidung des BVerfG wird das Spannungsverhältnis zwischen der Religionsfreiheit und der Freiheit zum Zugang zu öffentlichen Ämtern gemäß Art. 33 II, III GG nicht abschließend gelöst, sondern dem Gesetzgeber zugewiesen. Drei Richter haben dabei von der Möglichkeit eines Minderheitsvotums Gebrauch gemacht. Die Entscheidung beleuchtet ein zentrales Problem der Legitimitätsstruktur des Verfassungsstaates. Es geht um die Frage, wie die individuelle Freiheit religiöser oder moralischer Orientierung durch die allgemeinen Bedingungen für die individuelle Freiheit solcher Orientierung eingeschränkt werden kann.

Das Minderheitsvotum geht davon aus, dass dieses Problem bereits in der Verfassung gelöst ist und über die Generalklauseln des Beamtenrechts die Einzelentscheidung determiniert. Diese statische Lösung wird vom Mehrheitsvotum abgelehnt, weil im streitigen Grenzbereich von Recht und Moral der demokratische Gesetzgeber die Abgrenzung beider Bereiche immer wieder neu präzisieren muss. Übereinstimmend gehen beide Voten davon aus, dass es sich beim Kopftuch um ein religiöses Symbol handelt. Der Unterschied zwischen beiden Voten liegt in der Behandlung der Grundrechte der Bewerberin und in den Anforderungen an die demokratische Legitimation dieser Entscheidung.

Das Minderheitsvotum lehnt einen Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG ab. Unter der erforderlichen Eignung sei umfassend die Gesamtheit der Eigenschaften zu verstehen, die das jeweilige Amt von seinem Inhaber fordere. Darunter falle auch die Erwartung, der Bewerber werde seine Pflichten als Beamter erfüllen (vgl. dazu §§ 70 ff. des LBG von Baden-Württemberg). Zur Eignung für den Schuldienst gehöre die Fähigkeit und Bereitschaft der Lehrkraft, die beamtenrechtlichen Dienstpflichten unter den konkreten Bedingungen des Schulbetriebs zu erfüllen. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Eignung erfordere eine Prognoseentscheidung und sei vom Gericht nur beschränkt überprüfbar. Es sei nur zu kontrollieren, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff erkannt, der Beurteilung einen unrichtigen Sachverhalt zu Grunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat; im übrigen sei das Gericht auf eine Willkürkontrolle be-

schränkt. (Im Folgenden zitiert nach dem Sondervotum der Richter Jentsch, Di Fabio, Mellinghof, zum Urteil des BVerfG vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 –, S. 20, Rn. 93.) Mit der Prognose, die Bewerberin sei wegen des beabsichtigten Tragens eines Kopftuchs im Unterricht für das angestrebte Amt einer Lehrerin im öffentlichen Schuldienst ungeeignet, habe der Dienstherr die Grenzen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums nicht überschritten. Die Eignungsbeurteilung im Rahmen des speziellen Gleichheitsrechts aus Art. 33 Abs. 2 GG dürfe nicht mit einem Eingriff in die Freiheitssphäre eines Grundrechts verwechselt werden. Es sei mit den Dienstpflichten eines Beamten schlechthin unvereinbar, dass dieser den Dienst als Aktionsraum für Bekenntnisse nutze. Die ihm übertragene Aufgabe bestehe nur darin, den demokratischen Willen des Gesetzgebers sachlich, nüchtern und neutral zu verwirklichen und sich vor allem dort als Individuum zurückzunehmen, wo seine Ansprüche auf Verwirklichung der Persönlichkeit Konflikte im Dienstverhältnis hervorbringen könnten. Hier wird offen gelassen, ob die Grundrechte für Beamte überhaupt gelten. Implizit geht der Text von der alten Theorie des Grundrechtsverzichts aus, die schon bei systematischer Auslegung an der Existenz von Art. 17 a GG scheitert. Tatsächlich gelten die Grundrechte auch für Beamte und können auch nur im Wege der praktischen Konkordanz eingeschränkt werden. Dazu ist dann natürlich ein Parlamentsgesetz nötig. Schon wegen der funktionellen Gewaltenteilung kann der Richter die verfassungsimmanenten Schranken nicht selbst konkretisieren. Aus der Sicht des Minderheitsvotums wäre dieses Gesetz, soweit es wegen Grundrechtsgeltung überhaupt nötig wäre, in den Generalklauseln des Beamtenrechts zu sehen. Die Mäßigungs- und Neutralitätspflicht wird als ausreichend zur Regelung dieses Konflikts angesehen. Bei der Überprüfung käme man dann zu dem schon angesprochenen Beurteilungsspielraum der Behörde. Ob ein solcher Beurteilungsspielraum überhaupt angenommen werden kann, wenn zwei Verfassungswerte miteinander in Konflikt liegen, kann hier dahingestellt bleiben. Denn entscheidend ist die Frage, ob solche Generalklauseln zur Regelung der Problematik überhaupt ausreichen. Es handelt sich hier um eine Kollision von Art. 4 GG mit dem staatlichen Neutralitätsgebot. Das Grundgesetz geht nach Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 sowie Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG von einer Pflicht des Staates zur weltanschaulich-religiösen Neutralität aus. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist jedoch anerkannt, dass dieses Gebot keine strikte Trennung von Staat und Kirche beinhaltet. (7) Demgemäß stellt sich die Pflicht des Staates zur Neutralität in religiösen und weltanschaulichen Fragen auch nicht als distanzierende, abweisende Neutralität im Sinne einer laizistischen Nichtidentifikation mit Religionen und Weltanschauungen, sondern als eine respektierende "vorsorgende" Neutralität dar. (8) Dem Einzelnen soll mit staatlicher Hilfe ein Betätigungsraum gesichert werden, worin sich seine Persönlichkeit auf weltanschaulich religiösem Gebiet entfalten kann. Auch bei der Durchführung des staatlichen Erziehungsauftrags sind Religion und religiöse Betätigung daher nicht von vornherein ausgeschlossen. Vielmehr ist der offene Austausch von Meinungen auch zu religiösen Fragen erwünscht und sogar Bestandteil des Unterrichts. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Tragen eines Kopftuchs nicht zu vergleichen ist mit dem Anbringen eines Kreuzes im Schulraum. Das Kreuz im Schulraum wird als Ausstattung des Klassenzimmers dem Staat unmittelbar zugerechnet. Das Kopftuchtragen ist demgegenüber ein persönlicher Bekenntnisakt der Lehrerin. Als persönlicher Bekenntnisakt findet er seine Schranken an den Bedingungen für die freie moralische Entfaltung der anderen. Der zu regelnde Bereich ist wesentlich im Sinne der Wesentlichkeitstheorie, weil er den Legitimationskern einer freiheitlichen Verfassung berührt. Die Verfassung rechtfertigt sich als Bedingung für die individuelle Moral ihrer Bürger und muss, wenn sie diese einschränkt, einen Teil ihrer eigenen Legitimation aufzehren. Das Recht als Bedingung der Möglichkeit autonomer Moral erweist sich damit auch als Bedingung ihrer Unmöglichkeit. Deswegen muss man die Abgrenzung von Recht und Moral immer wieder rekursiv auf sich selbst anwenden und das Verhältnis zwischen notwendigem Recht und möglicher Moral neu austarieren. Dazu ist in der Demokratie nur das Parlament berufen und gerade nicht der Richter. Dieser Umstand wird vom Mehrheitsvotum richtig gesehen.

JM 1, Rn. 67d

Legitimationsstruktur

Die Entwicklung des Auslegungsziels auf dem Weg über den Charakter des Gemeinschaftsrechts wird auch dadurch erschwert, dass man einen einheitlichen Charakter kaum bestimmen kann. Deswegen ist der EuGH nicht einfach ein Gericht mit einer einzigen präzisen Aufgabe. Er stellt vielmehr ein Bün-

del von Gerichten dar, das neben seiner Rolle als Verfassungsgericht der Gemeinschaft auch die eines Verwaltungsgerichts, Disziplinargerichts und Zivilgerichts ausfüllt. Der EuGH weist deswegen in seinem methodischen Vorgehen eine große Bandbreite auf. Die Zuordnung seiner Methodik ist dementsprechend streitig. Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, der EuGH folge einem völkerrechtlichen Methodencanon, der allerdings entsprechend den Gemeinschaftszwecken modifiziert werde. Der EuGH-Richter Kutscher hebt dagegen überzeugend hervor, dass der EuGH grundsätzlich die gleichen methodischen Instrumente anwendet wie die nationalen Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten und nennt dafür neben den Canones die teleologische und rechtsvergleichende Argumentation. Allerdings wird überwiegend ein spezifisch europarechtlicher Ansatz vertreten, der vor allem die Unterschiede zu den nationalen Traditionen betont. Dieser Streit und die vorgebrachten Argumente zeigen, dass auf dem Weg über die Zuordnung der Methodik des Gerichtshofs zu einem einzelnen Rechtsgebiet nichts geklärt werden kann. Natürlich verwendet das Gericht in einem dazu passenden Rechtsbereich eine Methodik, die man völkerrechtlich nennen mag. Und wie schon gesagt, hat die Auslegungskultur im Völkerrecht in den letzten Jahrzehnten eine Entwicklung auf mehr Kooperation hin genommen. Aber es ist auch richtig, dass der EuGH, wie übrigens auch der IGH, im Rahmen seiner Textarbeit dieselben Canones der Auslegung und dieselben Schlussfiguren wie die nationalen Gerichte verwendet. Denn die Verknüpfung zu Kontexten des Gesetzes und deren Komposition zu komplexen Schlüssen ist in jeder Rechtsordnung dieses Typus gleich. Trotzdem muss man der überwiegenden europarechtlichen Einordnungstheorie zugeben, dass der EuGH die herkömmlichen Konkretisierungsinstrumente spezifisch akzentuiert. Ein abstrakter Streit, in welchem alle irgendwie recht haben, ist aber fruchtlos. Deswegen bedarf es zur Klärung der besonderen methodischen Arbeitsweise der europäischen Gerichte eines anderen Bezugspunkts.

Nicht aus dem "Wesen" eines Rechtsgebiets, wohl aber aus den jeweiligen methodenbezogenen Normen, die für die Arbeit des Gerichts gelten, kann man Unterschiede in der Auslegungskultur erklären. Diese Erkenntnis bahnt sich in dem Streit um die „Wesenszuordnung“ der Methodik des EuGH schon an und bedarf nur noch der Explikation. Denn es besteht Einigkeit darüber, dass der Gerichtshof die klassischen Instrumente der Konkretisierung anwendet; und auch darüber, dass er sie besonders handhabt. Die Ursache dafür wird zwar häufig erwähnt, aber eher beiläufig und ohne ihre Tragweite zu erkennen: Die starke Hervorhebung von Wortlaut, Systematik und objektiv-teleologischem Schluss wurzelt in den normativen Vorgaben über die Ziele des Gemeinschaftsrechts.

Das Gericht selbst ist hier deutlich: So hat der EuGH beispielsweise hervorgehoben, dass unter den methodenbezogenen Normen des Gemeinschaftsrechts erarbeitete Interpretationen zu den Grundfreiheiten nicht auf die Auslegung von Verträgen mit Drittstaaten übertragen werden können, auch wenn diese Abkommen einen gleichen oder sehr ähnlichen Wortlaut aufweisen. Denn das Motiv einer „immer engeren Gemeinschaft“ gilt im Verhältnis zu diesen Drittstaaten nicht. Statt dessen muss das Gericht von den normativen Vorgaben des Art. 31 WVRK ausgehen, unter denen die objektiv-teleologische Auslegung keine besonders hervorgehobene Stelle hat. Durch die Verschiedenheit im Gewicht dieser Kontexte kann derselbe Wortlaut eine unterschiedliche Bedeutung gewinnen. Auch in einem Gutachten zum Europäischen Wirtschaftsraum hat der EuGH festgestellt, dass die Interpretation von Abkommen der Gemeinschaft mit Drittstaaten den Ausgangspunkten zu folgen hat, die sich aus den Art. 31-33 WVRK ergeben und damit nicht dem Gedanken einer gesteigerten Dynamik aus den methodenbezogenen Normen des Gemeinschaftsrechts.

JM II, S. 178 ff.

Legitimationstransfer

Die Textstruktur des Rechtsstaats bewirkt eine Einschränkung der Verknüpfungsmöglichkeiten in Hypertext und eine Hierarchisierung von Texten, ausgehend von den Postulaten der Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Einzelfallgerechtigkeit. Ziel dabei ist ein Transfer der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers auf die Einzelfallentscheidung. Um diesen zu erfassen, muss man zunächst anordnende und rechtfertigende Texte unterscheiden.

Sowohl der Normtext als auch der gerichtliche Tenor sind anordnende Texte. Sie unterscheiden sich dadurch, auf unterschiedlichen Konkretisierungsstufen im Prozess der Entscheidungsfindung zu ste-

hen. Während sich aber die Legitimität der Anordnung im Normtext aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ergibt, muss die des Gerichts jeweils erst noch begründet werden.

Diesem Legitimitätstransfer dient die Entscheidungsbegründung als rechtfertigender Text. In ihr tauchen die Auslegungsinstrumente im Rahmen von Argumentformen auf.

JM II, S. 201

Leitsatz

Mit der von der Strukturierenden Rechtslehre vorgeschlagenen Rechtsnormtheorie ist der Gesetzespositivismus verabschiedet; und es wird festgehalten, dass die Rechtsnorm als tragender Leitsatz der Entscheidung vom Rechtsarbeiter jeweils erst hergestellt wird. Entsprechend der wissenschaftsgeschichtlichen Bewegung, die sprachtheoretisch vom Sprachsystem zum sprachlichen Handeln führt, ist die Frage nach den Bindungen praktischer Rechtsarbeit damit von der illusionären Spekulation über eine vorgegebene Bedeutung des Normtextes befreit und in den konkreten Prozessen juristischer Argumentation neu gestellt. Gesetzesbindung bezieht sich nicht auf eine der Anwendung vorgegebene Rechtsnorm, sondern stellt sich dar als methodische Erschwerung und Disziplinierung im Vorgang der Herstellung der Rechtsnorm.

Unter „Normativität“ wird dabei, wie gesagt, durchgängig keine innewohnende Eigenschaft eines Gesetzestexts oder einzelner Tatbestandsausdrücke verstanden. Wenn hier also gleichwohl bestimmte Textstufen der juristischen Entscheidungsarbeit - im Gegensatz zu anderen - als „normativ“ bezeichnet werden, dann heißt das nur, der betreffende Text sei professionell bereits so weit ausgearbeitet, so weit „konkretisierend“ fortentwickelt, dass wir nunmehr verbindlich etwas „mit ihm machen“, dass wir ihn jetzt tatsächlich ausführen können: indem etwa ein Richter aus dem Text der („normativen“) Rechtsnorm, die er erstellt hat, nunmehr durch einfache Subsumtion die Entscheidungsnorm ableitet; bzw. indem der Ausführungsstab der Justiz- (oder im Fall exekutivischer Entscheidung der Verwaltungs-)organe die Entscheidungsnorm, sobald sie rechts- bzw. bestandskräftig ist, in den positivrechtlich vorgesehenen Formen vollstreckt.

„Normativität“ in diesem Sinn zeichnet also noch nicht die Normtexte aus; wohl aber die (im Fall erarbeiteten leitsatzartigen) Texte von Rechtsnormen für die ihnen zuzuordnende Fallgruppe; und ferner die aus ihnen abgeleiteten Texte der Entscheidungsnormen für den je vorliegenden und damit unterschiedenen Rechtsfall.

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 Lösung. 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 bei-

spielsweise das kognitive „Erkenntnis“interesse bei wissenschaftlicher Konkretisierung angesichts eines erdachten Sachverhalts deutlich in den Vordergrund tritt.

Im rational organisierten und demokratisch entwickelten Rechtsstaat wird dagegen das Zwischenglied der vom Rechtsarbeiter abstrakt und generell zu formulierenden Rechtsnorm zur nunmehr allgemeinen, d. h. verallgemeinerungsfähigen Legitimation gebraucht und daher in Form eines abstrakt/generell vertexteten und niedergeschriebenen „Leitsatzes“ als zusätzliche Textstufe eingeschaltet. Die dafür typische Textabfolge lautet (unter Überspringen der weiteren Stufen von Normprogramm- und Normbereichstexten): „Wer das und jenes tut, wird so und so bestraft“ (Normtext) - „In einem Fall wie diesem ... muss - wer auch immer - stets so bestraft werden“ (Text der Rechtsnorm) - „Da es sich vorliegend um einen derartigen Fall handelt, wird der Angeklagte so bestraft“ (Text der Entscheidungsnorm).

Wenn man schon, aus welchem Grund auch immer, die Vorgänge nach „Finden“ und „Rechtfertigen“ strikt trennen möchte, wäre es - formal gesehen - sinnvoller, das Ergebnis als „frei“ (intuitiv, aus „Judiz“, aus fachlich-praktischer Erfahrung, im Einzelfall vielleicht auch noch aus weniger ehrenhaften Quellen) „findbar“ anzunehmen und den anschließenden gesamten Konkretisierungsvorgang als „Instanz“ der Bewährung oder Verwerfung einzuführen. Unter „Ergebnis“ kann dabei entweder das individuelle Endergebnis, der Tenor, verstanden werden („Diese Klage muss einfach Erfolg haben“, „Dieser Angeklagte darf doch nicht verurteilt werden“ - Entscheidungsnormhypothesen); oder aber die im Sinn eines vorweg entworfenen Leitsatzes allgemein formulierbare, für „einen Fall wie diesen“ gültige Textfassung der Entscheidung (Rechtsnormhypothese). Für die erste Version brauchte man nicht den - woanders herkommenden und hier grundsätzliche Schwierigkeiten aufwerfenden - Falsifikationismus zu bemühen; der Vorgehensstypus „Ergebnis aufgrund von Judiz, anschließendes Nachreichen der rhetorischen, im besseren Fall der dogmatischen Begründung“ war schon unseren juristischen Altvordere geläufig und wert. Wegen der institutionellen Begrenztheit der Zahl vorwegnehmbarer Ergebnisse (verurteilt/freigesprochen, verfassungsmäßig/verfassungswidrig, Klage zulässig/Klage unzulässig, usw.) kann das Endergebnis aber meist auch von Laien nach dem „Rechtsgefühl“ oder Wahrscheinlichkeitsregeln vorab getroffen werden. Mit den methodisch durchzuspielenden Teilschritten der Einzelausarbeitung der Argumentationskette - zweite Version von „Ergebnis“ - geht das jedoch nicht; sie sind aber auch für das fachliche Judiz oft zu komplex oder zu materialreich. Das Konkretisieren in methodischer Fein-Einstellung muss wegen der rechtsstaatlichen Begründungspflichten ohnehin noch erfolgen - auch dann, wenn in dieser zweiten Variante eine Rechtsnormhypothese eingangs entworfen oder geahnt worden sein sollte.

JM I, Rn. 215, 227, 267, 296, 573

Lex ante casum

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 konsumtives 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.

JM I, Rn. 471 f.

Lexikologie, Wörterbuch

Konkret wird die traditionelle juristische Methodik in technischen Anweisungen: "Die Feststellung des Wortsinnes geschieht in Stufen. Vorweg ist zu überlegen, ob nicht eine Definitionsnorm eingreift, die die weitere Auslegung entbehrlich macht. Andernfalls ist wie folgt vorzugehen: Primär ist der juristische Sprachgebrauch maßgeblich und zu ermitteln, beispielsweise bei den Ausdrücken Miete und Leihe, Eigentum und Besitz, Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten (...). Bei nichtjuristischen Fachbegriffen (z. B. aus der Technik, Medizin, dem Umweltbereich) ist der dort gebräuchliche 'professionelle' Sprachgebrauch maßgeblich. (...) In den verbleibenden Fällen kommt es auf den allgemeinen umgangssprachlichen Gebrauch an. Bei schwierigeren Ausdrücken ist es möglich, ein Lexikon oder andere Hilfsmittel heranzuziehen. Beispielsweise hat der BGH folgende Hilfsmittel herangezogen: Das Grimmsche Wörterbuch in BGHSt 12, 366 zur Bestimmung des Wortsinns von 'verunglimpfen', im Sinne des § 189 StGB; den Brockhaus in MDR 96, 188 für den Wortsinn von 'Magazin', in NJW 86, 431 für den Wortsinn von 'Omnibus' (Ergebnis: ein VW-Transporter-Kleinbus ist kein Omnibus); den Duden in NJW 82, 1278."

Entscheidender Bezugspunkt soll hier also der Sprachgebrauch sein. Dieser wird in juristischen, fachlichen und alltagssprachlichen Gebrauch abgestuft. Zu ermitteln ist er demnach zunächst durch Lexika. Es stellt sich daher die Frage, ob denn in diesen die "natürliche Bedeutung" überhaupt zu finden ist, die man zur normativen Grundlage für die Beurteilung widerstreitender Lesarten machen könnte. Die implizite Leitvorstellung ist für diese Tradition das Rechtschreibwörterbuch. Man schaut nach und weiß dann, was richtig ist.

Allein schon der Umstand aber, dass von Fall zu Fall verschiedene Wörterbücher herangezogen werden, lässt Zweifel daran aufkommen. Denn es ist tatsächlich nicht so, dass in allen das gleiche steht; so müsste es aber sein, wenn die Lexika einen in der Sprache selbst gegebenen Stand von Bedeutung bloß noch dokumentieren würden. Wörterbücher konstatieren nun aber nicht einfach sprachliche Tatsachen, sondern sie schaffen sie nach lexikologischen Prinzipien für ihre Benutzer: „Denn alle Wörterbücher sind Gebrauchsgegenstände. Jeder Gebrauchsgegenstand hat mindestens einen genuinen Zweck, der darin besteht, dass er anhand bestimmter Eigenschaften gebraucht werden kann, um diejenigen Handlungsziele zu erreichen, um deren Erreichung willen er hergestellt wurde. Dies gilt auch für Wörterbücher. Auf der höchsten Ebene der Generalisierung kann ihr genuiner Zweck wie folgt angegeben werden: Er besteht darin, dass ein Wörterbuch benutzt wird, um anhand geordneter

lexikographischer Daten, die in den Teiltextrn mit äußerer Zugriffsstruktur zu finden sind, lexikographische Informationen zu Eigenschaften von sprachlichen Ausdrücken zu erschließen, die zum jeweiligen Wörterbuchgegenstand gehören.“ Für den Status von Wörterbüchern ergibt sich daraus folgendes: Die in ihnen als sprachliche Standards für den Gebrauch festgeschriebenen Bedeutungserklärungen werden überhaupt erst dadurch zu „Tatsachen“, dass ihr Gebrauch - durch sie als die lexikalische Berufungsinstanz - als solcher akzeptiert und dargestellt wird. Einer bekannten Ideologie zufolge, erst rechtes Schreiben ziehe rechtes Denken nach sich, wird auch in diesem Zusammenhang besonders den Rechtschreibwörterbüchern die größte Autorität zugemessen. Man darf über alldem aber nicht vergessen, dass diese nur in der Schule und außerdem nur aufgrund rechtlicher Anordnung als verbindliche Instanz für Fragen der Korrektur von Schülerarbeiten herangezogen werden. Alle anderen Wörterbücher können auf ein administratives Fundament ihrer Anerkennung und damit auf Verbindlichkeit nicht bauen. Wie fragil diese Anerkennung im übrigen ist, hat sich etwa in den Auseinandersetzungen um die Rechtschreibreform gezeigt. Presse und Verlage waren nur zum Teil bereit, die neuen Regelungen zu übernehmen.

Warum also greift der Bundesgerichtshof etwa für das eine Wort ausgerechnet auf den Duden und warum für das andere auf den Brockhaus zurück, obwohl doch die jeweiligen Ausdrücke in beiden belegt sind? Der Jurist trifft hier auf einen ganzen Markt von Nachschlagewerken mit einer Fülle unterschiedlicher Produkte. Jedes von ihnen ist, mehr oder weniger ausdrücklich, bestimmten Zielgruppen zugeordnet. Das heißt aber nichts anderes, als dass die in den jeweiligen Werken kompilierten Sprachinformationen auf diese Zielgruppen hin zubereitet und dass das entsprechende Ausgangsmaterial an gesammelten Wortbelegen zu einem insgesamt entsprechend geformten Sprachstand aufbereitet ist.

Man versetze ich für einen Moment in die Lage des Wörterbuchbenutzers; es verhält sich doch wohl gewöhnlich wie folgt: „Sie werden von Verweisen getrieben, Sie blättern und suchen und stellen am Ende fest, dass Sie jetzt noch ein etymologisches, ein mittelhochdeutsches, ein bestimmtes Fachsprachen- und ein Synonymenwörterbuch brauchen. Selbst wenn Sie bei einem einzigen Wörterbuch bleiben, stellt sich Klarheit erst nach mehrmaligem Blättern oder Suchen ein. Da wollen Sie vielleicht wissen, was Leiharbeit ist, und erfahren: ‚durch einen Leiharbeitnehmer durchgeführte Arbeit‘. Sie wechseln zum Stichwort Leiharbeitnehmer: Ein ‚Arbeitnehmer, der in einem Leiharbeitsverhältnis steht‘. Weitersuchen unter Leiharbeitsverhältnis. Erklärung: ‚Abordnung eines Arbeitnehmers zur Arbeit im Betrieb eines anderen Arbeitgebers für eine begrenzte Zeit unter Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dem bisherigen Arbeitgeber‘. Leider steht nicht dabei, seit wann es den Ausdruck gibt, auch keine Zitate. War Leiharbeit nicht ein Thema beim Umbau des Reichstagsgebäudes in Berlin? Wie ist die Wortbildung zu verstehen - wird Arbeit verliehen oder ein Arbeiter? Kann man das Wort im Plural gebrauchen bzw. ist der Plural belegt? Und die Schreibung mit Bindestrich? Kann man Menschen verleihen, oder müsste man die Bildung des Ausdrucks sprachkritisch kommentieren? Welche Arten des direkten Objekts gibt es bei dem Verb leihen ganz allgemein? Ist das Wort Leiharbeit eigentlich eine offizielle Bezeichnung des Arbeitsrechts oder eher eine journalistische Bildung, und wenn Letzteres, wie wird der Sachverhalt dann in juristischen Texten bezeichnet? Welche Wörter auf -arbeit gibt es sonst noch? Gibt es heute mehr und andere Zusammensetzungen mit -arbeit als in den vergangenen Jahrhunderten oder Epochen? Welche Wörter fangen sonst noch mit Leih- an?“ Dieses Beispiel macht die Vielfalt der Möglichkeiten deutlich, sich die Bedeutungen sprachlicher Ausdrücke zu erschließen. Wenn der Griff zu einem bestimmten einzelnen Wörterbuch für das Gewinnen eines Wortverständnisses kein blinder Zufall sein soll, dann liegt dem offenbar schon eine Entscheidung zugrunde, die mit Unterschieden in der jeweiligen Behandlung der Lemmata, d.h. der einzelnen Wörterbucheinträge, durch die verschiedenen Nachschlagewerke zu tun hat. In der Tat weisen oft schon die Wörterbücher gleichen Typs differierende Bedeutungserklärungen mit entsprechenden Belegstellen auf. Hinzu kommt die noch heiklere Frage, welche Art von Wörterbuch aus der Bandbreite einer ganzen Typologie gewählt werden soll, um zu einem bestimmten Verständnis eines gegebenen Ausdrucks zu kommen. Und als weiterer wichtiger Faktor muss gewertet werden, dass die Benutzung von Wörterbüchern ganz offenbar eine eigens zu reflektierende und zu lernende Tätigkeit darstellt. Wesentlich ist in jedem konkreten Fall, dass keine der verschiedenen Verständnisweisen eines Wortes ohne weiteres zurückgewiesen werden kann; jedenfalls so lange nicht, als der Jurist dem Wörterbuch die dafür maßgebliche Autorität zumisst. Weist er die Variante des einen Wörterbuchs zugunsten der eines anderen ab, so fällt er genau in das Problem zurück, das er auf diese Weise zu lösen versuchte, nämlich in die Frage der verbindlichen Richtigkeit eines bestimmten einzelnen Sprachverständnisses.

Mit der Entscheidung für ein bestimmtes Wörterbuch geht nolens volens die Option für eine bestimmte Sichtweise bei der semantischen Erläuterung sprachlicher Ausdrücke immer schon einher. Selbst die vordergründig naiv erscheinende Formel, es handle sich bei einem Wörterbuch um ein Werk, in dem die Wörter einer Sprache alphabetisch aufgelistet und durch eine Bedeutungsangabe erklärt werden, zeigt in jedem Erklärungselement ihre Fallstricke: So selbstverständlich, wie es aufgrund der Verbreitung entsprechend aufgebauter Wörterbücher in gedruckter Form erscheinen mag, ist die alphabetische Anordnung der Lemmata keineswegs, wenn man etwa an die zunehmende Verbreitung elektronischer Wörterbücher und an die verstärkte, inzwischen auch wissenschaftlich lexikographische Arbeit an ihnen denkt. Wie in anderen Bereichen ist inzwischen auch hier das überlieferte Konzept Buch zum Teil schon überholt. Es löst sich allmählich auf in den elektronisch kumulierten Zugang zu einer Vielzahl von Texten, konkret in den Zugriff auf mehrere, einst einmal unabhängig voneinander publizierte Druckfassungen von Wörterbüchern. Das Stichwort, das die Suche des Juristen nach Bedeutung formuliert, trifft auf eine heterogene Masse von elektronischen Adressen, die so zu dem einen in sich divergenten Informationstext kompiliert wird. In der Tendenz zeichnet sich, durch das Internet möglich geworden, das eine, intern von Link zu Link oszillierende globale Glossarium ab. Allerdings eines, das sich auch bisher schon dem hinreichend geduldigen semantischen Sucher in Gestalt einer Bibliothek aus nahezu unübersehbar aufgereihten Wörterbüchern darbot.

Für den Juristen ergibt sich daraus die Frage, welcher Suchstrategie er sich bedienen kann und vor allem auch sollte, um einen authentischen Zugriff auf einen jeweiligen Pool semantischer Informationen zu bekommen. Das flüchtig vordergründige Hinschauen wird als gezieltes „Nachschlagen“ zur Handlung und der so handelnde Jurist zum aktiven Subjekt einer Lexik des fraglichen Ausdrucks. Entsprechend lässt sich das Wörterbuch definieren als „eine durch ein bestimmtes Medium präsentierte Sammlung von lexikalischen Einheiten (vor allem Wörtern), zu denen für einen bestimmten Benutzer bestimmte Informationen gegeben werden, die so geordnet sein müssen, dass ein rascher Zugang zur Einzelinformation möglich ist“. Damit werden die Probleme des Juristen, der sich an das Lexikon als an eine Autorität in Sachen Sprachverständnis wendet, schon deutlicher sichtbar; sie sind in allgemeinerer Form Gegenstand der Lexikographie und Metalexikographie als der Wissenschaft von der Produktion und Benutzung von Wörterbüchern. Um sich deren Bedingtheiten zu vergegenwärtigen, ist es nützlich, sich den Aufbau eines Wörterbuchs vor Augen zu führen. Wörterbuchartikel stellen jene sprachstrukturellen und semantischen Informationen zur Verfügung, aus denen sich der Benutzer ein Bild vom möglichen Gebrauch des betreffenden Ausdrucks soll erschließen können. Sie bieten Lesarten dieser Ausdrücke an, die von sich beanspruchen, deren tatsächlichem Vorkommen in der jeweiligen Sprachgemeinschaft zu entsprechen. Zugleich beschränken sich die Wörterbücher aber nicht darauf, die Ausdrucksbelege lediglich zu konstatieren. Vielmehr versuchen sie auch, durch ihre Makrostruktur ein in sich geordnetes Bild von den wiedergegebenen Ausdrucksvorkommen darzubieten. Dies soll dann den Ansatzpunkt für praktische Suchstrategien des Wörterbuchbenutzers liefern. Die Wiedergabe der einzelnen Vorkommen von Ausdrücken in den Lemmata ruft wiederum ihre in der Mikrostruktur angeordnete Erläuterung auf. Diese besteht in der Menge jener Informationen, die Kenntnis und Kompetenz im Hinblick auf den Gebrauch des betreffenden Ausdrucks vermitteln sollen. Typischerweise sind das Angaben im engeren Sinn sprachlicher, das heißt struktureller Art und im weiteren Sinn auch sachlicher Art, das heißt sich auf die Verständigungsleistungen des Ausdrucks beziehend. Alles in allem besteht also ein Wörterbuchartikel in der Regel aus sprachsystematischen Hinweisen wie solchen zu Aussprache und Schreibung, sowie aus den für den Benutzer (hier: den praktischen Juristen) besonderes interessierenden semantischen Informationen, welche dem jeweiligen Ausdruck eine Bedeutung zu formulieren sollen. Sie werden anhand von Definitionen gegeben, welche die Bedeutung des Ausdrucks als lexikalischer Einheit erklären sollen, der durch das jeweilige Lemma repräsentiert wird. Häufig wird zudem die Verwendung durch Beispiele erläutert. Indem diese zugleich auch das tatsächlichen Zustand von Sprache zu erfassen.

Vom ersten Moment an ist so das Wörterbuch in Produktion und Rezeption der grundsätzlichen Notwendigkeit eines selektiv formierenden Zugriffs unterworfen; es ist selbst schon überformende Bearbeitung statt schlicht getreuliches Abbild. Die Schwierigkeiten beginnen bereits mit der Auswahl des Materials. Zwar soll das Werk ein repräsentatives Bild der Sprache geben; bzw. einer ihres Bereiche, seien diese nun temporär, lokal oder funktional bestimmt. Die Auswahl der Lemmata dafür ist aber aufgrund der schiereren Masse der Wörter schon ein quantitatives Problem. Wenige Zahlen genügen, um das zu belegen. Ein durchschnittliches Großwörterbuch wie das Deutsche Wörterbuch enthält

circa 500 000 Stichwörter. Dem steht die nur grob zu schätzende Menge von etwa 1,4 Millionen Wörtern insgesamt gegenüber. Die unumgängliche Auswahl enthält also jeweils eine Vorentscheidung darüber, was als das Übliche, allgemein Gebräuchliche oder gar Maßgebliche des Gesamtwortbestandes gelten kann; und was bloßen Varianten zugerechnet werden soll, die dann allenfalls ihren Platz in Zusatzangaben oder in Spezialwörterbüchern finden werden. Diese Vorentscheidung ist so gut oder so schlecht wie der Textpool, auf den der Lexikograph für das dem Wörterbuch zugrundegelegte sprachliche Korpus zurückgreift. Dass dabei in der Regel vorangehende Wörterbuchgenerationen konsultiert werden, mildert das Problem nicht. Vielmehr verschärft es sich zur Entscheidung auch noch darüber, was lediglich idiosynkratischer Neologismus oder was bereits fester Bestand der Sprache sei. Man denke etwa an die Anglizismen, die gerade im Bereich der Neuen Medien auch für den Juristen eine wichtige Rolle spielen können, zum Beispiel bei Entscheidungen im Internetrecht. Spätestens hier korrespondiert das quantitative Problem, welche Wörter zur Sprache gehören sollen, mit dem qualitativen, wie denn diese Wörter in ihrer Bedeutung beschrieben werden sollen. Denn was ein als Lemma zu fixierendes Wort überhaupt sei, ist nicht so selbstverständlich, wie man denken mag. Es hängt davon ab, welche bedeutungstheoretischen Annahmen man über die wesentlichen Konstituenten eines solchen als Zeichen macht. Sofern diese als Einheit von Form und Bedeutung aufgefasst und dabei aus Texten herauspräpariert werden sollen, setzt die Segmentierung von Sprache zu Worten bereits semantisches bzw. lexikalisches Wissen voraus. Umgekehrt hängt davon zugleich ab, was man als Erklärung der Bedeutung eines Wortes gelten lassen kann und was nicht, wie man diese zu formulieren und was man für sie heranzuziehen hat. Weil dabei Sprache und Sache und folglich auch Überzeugung nie von einander zu trennen sind, verliert das Wörterbuch von vornherein seine traditionell unterstellte Unschuld reiner Deskription. Ein Wörterbuch ist niemals ein getreuliches Abbild von Sprache, sondern vom Beginn der Auswahl an auch Ausdruck der Weltsicht seiner Produzenten und der Ziele, die diese mit dem Wörterbuch verfolgen. Das betrifft nicht nur jene Wortfelder, die in die großen Fragen der Ideologie verstrickt sind, wie sich etwa in den Vorwendezeiten an den beiden Duden Ost und West ablesen ließ. Es betrifft im Bereich des angeblich Unscheinbaren gleichermaßen auch solche Wörter, die als allzu allgemein menschlich dagegen gefeit zu sein scheinen, wie etwa „sterben“. Wenn dafür beispielsweise das Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache angibt „infolge Aussetzen aller Lebensfunktionen zu leben aufhören“ (1104), der Duden "aufhören zu leben, sein Leben beschließen" (Bd. 7, 3243) und das Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache "zu leben aufhören" (3580), so sind diese Umschreibungen keineswegs neutral, ohne deshalb schon als Regelformulierung unangemessen zu sein: „Mit diesen Angaben werden die Bezugsregeln für sterben für viele usuelle Texte durchaus korrekt formuliert. Es muss aber klar sein, dass der Lexikograph hier eine Todesauffassung voraussetzt, die vielleicht die Mehrheit der Muttersprachler mit ihm teilt, nicht aber alle gläubige Christen. Denn sie können sterben auch in einer Bedeutung verwenden, die wie folgt zu paraphrasieren wäre: vom diesseitigen in das jenseitige Leben übergehen.“ Das Wörterbuch ist eben kein schlichtes Abbild objektiver Bedeutungsverhältnisse, sondern eine Konstruktion. Die Zwecke dieser Konstruktion sind mit den Zwecken des vom praktischen Entscheidungsproblem geplagten Juristen nicht identisch.

Für den Rechtsarbeiter wird das Wörterbuch nun aufgrund von alledem nicht schon unbrauchbar. Er muss allerdings daran denken, dass Wörterbücher immer das Ergebnis eines bestimmten lexikographischen Vorhabens sind. Wörterbücher sind Interpretation. Im Grund handelt es sich bei ihren Angaben noch nicht einmal um „lexikographische Definitionen“. Vielmehr bieten sie nur Formulierungen von Bezugsregeln für die jeweiligen Lemmazeichen im Hinblick auf einen anhand der Korpusauswertung hypothetisch unterstellten Gebrauch. Ihren Wert als Berufungsinstanz haben sie darin, Ergebnis einer wissenschaftlich methodischen, nämlich lexikographischen Reflexion auf den Sprachgebrauch zu sein. Für den Juristen können sie damit im Hinblick auf den Wortlaut von Normtexten nicht Begründung, sondern nur Anregung sein. Denn die Stärke eines Verweises auf die Autorität eines Wörterbuchs hängt von der Überzeugungskraft jener Theorien ab, die der betreffenden lexikographischen Praxis zugrund liegen, sowie von der dabei bewiesenen methodischen Sorgfalt. Diese ist keineswegs immer gegeben, wie die Praxis der Wörterbuchkritik zeigt.

Im wesentlichen kann das Wörterbuch bloß Beispiele für den Sprachgebrauch und für die Erklärung von Bedeutungen liefern. Es kann dem Juristen deshalb nur Plausibilitäten für eine Entscheidung über den Sprachgebrauch an die Hand geben. Es kann ihm diese Entscheidung aber nicht abnehmen. Der Rechtsarbeiter hat sie selbst zu treffen; und er hat anhand der von ihm herangezogenen Wörterbuch-

artikel zu sagen, warum er sie so und nicht anders getroffen hat. Ein normatives Konzept von Wörtlichkeit liegt zwar der traditionellen Erwartung der Juristen, nicht aber den existierenden Wörterbüchern zugrunde. Niemand weiß das besser als deren Autoren, die Lexikographen. Im Rahmen der lexikalischen Semantik wird der Lexikoneintrag zunehmend nur noch als offene Aufzählung von Beispielen und gerade nicht mehr als Grenze zulässiger Verwendungen verstanden. Linguisten und Lexikographen wissen, dass, „was die Beispiele betrifft, (...) ein Wörterbuchartikel eine Art Collage (ist), wo also die Elemente, die darin zusammengeklebt sind, einen neuen Sinn bekommen sollen. Einen neuen Sinn bekommen sollen, aber erst einmal, wenn man sie in ihrem Nebeneinander betrachtet, noch nicht haben.“ Erst wenn man sich dessen bewusst ist und die Beispiele reflektiert einsetzt, damit diese „sprechend“, „ansprechend“, „echt“ und „kurz“ sind, um ihren Zweck einer Erhellung von Sprachgebrauch erfüllen zu können, erst dann mag „man durch Beispiele die Erfahrung machen (,,), wie ein Wort verwendet wird.“ Dann mag dieses Vorgehen demonstrieren, „wie eine Regel gemeint ist“. Dann mag es „ein Modell (geben), nach dem ich mich beim Sprechen und Verstehen richten kann“, „ein Muster, an dem ich mich unmittelbar orientieren kann, ohne den Umweg über die Reflexion auf eine Regel zu gehen“, „indem es mit zeigt, wie man ein Wort gebraucht.“ Beim nächsten Mal allerdings, im nächsten Rechtsfall kann all das schon wieder anders aussehen. Der Griff zum Wörterbuch oder Lexikon liefert jedenfalls nie eine letztendliche Antwort auf semantische Fragen. Er eröffnet ganz im Gegenteil erst einmal verschiedene Fragerichtungen; gibt erste Indizes dafür, sich auf dem Weg über Beispiele des Gebrauchs die Bedeutung eines fraglich gewordenen oder prinzipiell umstrittenen Wortes zu erschließen.

Im Kern erzählt ein Wörterbuch Gebrauchsbeispiele. Diese werden nur paradigmatisch eingesetzt und sind nicht ohne weiteres in eine vorhandene oder empirisch feststellbare Regel auflösbar. Ein natürliches Konzept von Wörtlichkeit und von zulässiger Verwendung ist nicht zu haben. Die Situation der Entscheidung verpflichteten Juristen gerät ins Paradoxe. Je genauer er wissen will, wie es um die Bedeutung der Wörter bestellt ist, je sorgfältiger er sich dabei all der lexikographischen Hinweise und Markierungen annimmt, die er finden kann, und je intensiver er ihnen in ihren Verweisen aufeinander folgt, um so mehr wird er mit der Realität eben jener „unsäglichen Verschiedenheit“ bis ins einzelne der Verwendungen eines Wortes hinein konfrontiert werden.

JM I, Rn. 351d

Lücke

Die 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 normtranszendenten 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.

JM I, Rn. 143 ff.

© (Online-Fassung) Ralph Christensen 2004