



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Wie viel Einheit braucht die Verfassung?"

Von einem starken zu einem schwachen Holismus" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 14.7.2020)

All rights reserved.

Ralph Christensen

Wie viel Einheit braucht die Verfassung?

Von einem starken zu einem schwachen Holismus

Die Einheit der Rechtsordnung¹ ist ein zentrales Instrument juristischer Kunst. Deswegen muss man im Recht, um überhaupt etwas zu verstehen, schon sehr viel verstanden haben. Das ist eine Schwierigkeit der juristischen Ausbildung, vor allem aber für Laien, die sich mit Rechtsproblemen auseinandersetzen. Die Verständlichkeitsforschung im Recht hat gezeigt, dass der sichtbare Text nur die winzige Spitze eines Eisbergs ist,² weil das einzelne Gesetz immer mit dem Ganzen des Rechts verbunden ist. Nach guter juristischer Tradition betrachten wir diese Verbindung anhand eines Falles.

Das Westfalenblatt druckt Karikaturen, die ein Bild des Propheten Mohammed enthalten. Eine islamische Vereinigung ruft zum Boykott dieser Zeitung auf. Dagegen richtet sich eine einstweilige Verfügung der Zeitung auf Grundlagen von 1004, 823 BGB wegen rechtswidrigem Eingriff in den Gewerbebetrieb, welche der islamischen Vereinigung den Boykottaufruf untersagt. Nach Erschöpfung des Rechtswegs erhebt die islamische Vereinigung Verfassungsbeschwerde.

Das darüber entscheidende Bundesverfassungsgericht führt keine Revision durch.

¹Vgl. zu diesem Problem historisch *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, Berlin 1995. Grundlegende Kritik und Dekonstruktion dieser Gedankenfigur bei *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979.

²Vgl. *Dietrich Busse*, Verstehen und Auslegen von Rechtstexten – institutionelle Bedingungen, in: *Kent D. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 1, Recht verstehen, Berlin 2004, S. 7 ff.; *Kent D. Lerch*, Gesetze als Gemeingut aller. Der Traum vom verständlichen Gesetz, in: ebd., S. 225 ff.; *Regina Ogorek*, "Ich kenne das Regelement nicht, habe es aber immer befolgt!" Metatheoretische Anmerkungen zur Verständnisdebatte, in: ebd., S. 297 ff.

Es prüft also nicht die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts. Im einfachen Recht geht es um die Auslegung des Wortes „rechtswidriger Eingriff“. Diese Auslegung wird weder grammatisch noch systematisch noch historisch-genetisch überprüft. Das Bundesverfassungsgericht untersucht lediglich einen Teilaspekt der systematischen Auslegung, die Frage nämlich, welche Bedeutung die Religionsfreiheit für diese Frage hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich auch die Zeitung auf Grundrechte berufen kann, und zwar wegen der Karikatur nicht nur auf die Pressefreiheit, sondern auch auf die Kunstfreiheit.

Um das Merkmal „rechtswidrig“ in § 823 BGB richtig auszulegen, muss man also die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte beachten. Sonst begeht der Richter eine spezifische Verfassungsverletzung, und das Urteil wird vom Verfassungsgericht aufgehoben. Das heißt, man muss die auf beiden Seiten vorhandenen Grundrechte in ein richtiges Verhältnis setzen. Hier beginnt der Holismus im Recht. Um die Reichweite der geltend gemachten Rechte zu bestimmen, wird auf die Einheit der Rechtsordnung Bezug genommen.

Der Richter muss also über die Lesart des Wortes „rechtswidrig“ entscheiden. Wenn man Bedeutung als intrinsische Eigenschaft des Textes versteht, kommt man nicht weiter. Man findet eine Vielzahl sich widersprechender Lesarten. Um diese beurteilen zu können, muss man andere Gesetze heranziehen, insbesondere die Grundrechte.

Bedeutung ist nicht atomistisch, sondern relational. Das ist unter Juristen weitgehend unstrittig und soll hier nicht weiter diskutiert werden. Die Frage ist aber, wie man mit dem Bezug des einzelnen Gesetzes zur ganzen Rechtsordnung umgeht. Wie kann eine holistische Semantik im Recht funktionieren?

I. Zur Struktur des holistischen Arguments

Der Weg, der die analytische Philosophie in ihrem selbstkritischen Übergang zur postanalytischen führte, entbehrt nicht einer gewissen Ironie. An seinem Ende feiert mit Hegel ausgerechnet jener Philosoph seine Wiederkehr, mit dessen Kritik alles begann.³ Das „Verdikt über Hegel“ war geradezu „Gründungsakt“ der analytischen Philosophie.⁴ Die im antimetaphysischen Gestus vorgetragene Kritik galt vor allem dessen ganzheitlichen Auffassungen. Den englischen Neohegelianismus Bradleys⁵ kritisierte Moore ausgehend vom common sense und dem Normalsprachgebrauch. Gleichzeitig entwickelte Russel eine idealsprach-

³Ausführlich dazu auch *Alexander Farshim*, Ganz oder gar nicht. Holismus und die Unbegrenztheit des Begrifflichen, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 189 ff.

⁴Siehe *Wolfgang Welsch*, Hegel und die analytische Philosophie, in: *Kritisches Jahrbuch der Philosophie*, 8 (2003), S. 11 ff.

⁵Siehe *George Edward Moore*, Eine Verteidigung des Common Sense, in: *ders.*, Eine Verteidigung des Common Sense. Fünf Aufsätze, Frankfurt am Main 1969, S. 113 ff.; sowie *ders.*, *Principia Ethica*. Erweiterte Ausgabe, Stuttgart 1996.

liche Grundlage⁶ für den logischen Atomismus. An dessen Aporien wiederum arbeitet sich die analytische Philosophie mit zunehmend holistischer Tendenz ab. Gegenwärtiger Höhepunkt dieser Bewegung ist die normativ pragmatisch fundierte Inferenzsemantik Brandoms,⁷ der sich als Vertreter der „Pittsburgher Schule des Neuhegelianismus“ ausdrücklich auf einen pragmatistisch gewendeten Hegel beruft.⁸

Russell hat seine Holismuskritik an der idealistischen Systemphilosophie seiner hegelianischen Lehrer entwickelt.⁹ Er will zeigen, dass die Begründung begrifflicher Vernunft über die Figur der Totalität scheitern muss. Die Grundidee des Atomismus steht im Gegensatz zum ganzheitlichen Denken. Der Holismus geht davon aus, dass das Ganze bestimmend für die Teile ist. Dagegen sieht der Atomismus dieses Ganze lediglich als eine Kompilation von Teilen, die ihre Eigenheiten unabhängig voneinander aufweisen. Sie werden erst sekundär durch bestimmte Kompositions- bzw. Ableitungsprozeduren und formale Schlüsse in Beziehung zueinander gesetzt.¹⁰ Das Interesse Russells an einem solchen Atomismus ist ein epistemologisches. Und genau in der Frage nach dessen Einlösbarkeit liegt dann aber auch schon der Kern seines Scheiterns. Russell glaubte naiv realistisch an die Möglichkeit eines unmittelbaren Zugangs zu den elementaren Tatsachen, bzw. Einzeldingen als Sinnesdaten, denen sich auf der Seite der Sprache entsprechend elementare Ausdrücke zuordnen ließen. Dies sollte dann die Eindeutigkeit der Zuordnung garantieren und so auch eine idealsprachlich einwandfreie Abbildung ihrer Struktur ermöglichen.

Die Idee eines solch elementaren Zugangs ist aber eine Illusion. Ein unmittelbarer Bezug auf die Sinnesdaten ist nicht möglich. Dieser setzt die Möglichkeit einer Isolierung der atomaren Tatsachen aus dem Kontinuum der Ereignisse und damit auch deren Identifizierung als bestimmte Einzelheiten voraus. Das wiederum kann nur auf der Grundlage von Begriffen geleistet werden. Begriffe setzen aber Begriffe voraus, so dass der Atomismus in eine infinite Zirkularität eintritt.

Die historische Entwicklung will ich nur in kurzen Stichworten andeuten. Der analytische Ansatz wendet sich zunächst gegen die Behauptung des Holismus,

⁶Vgl. *Bertrand Russell*, Philosophie. Die Entwicklung meines Denkens, Frankfurt am Main 1992, S. 10.

⁷Dazu *Jasper Liptow*, Robert B. Brandoms pragmatistische Theorie sprachlicher Bedeutung, unter: <http://www.information-philosophie.de/philosophie/brandom.html>.

⁸Siehe *Robert B. Brandom*, Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 3 (1999); 355 ff.; sowie *Jürgen Habermas*, Von Kant zu Hegel. Zu Robert Brandoms Sprachpragmatik, in: *ders.*, Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze, Frankfurt am Main 1999, S. 138 ff. Siehe weiter auch die These von der Unbegrenztheit des Begrifflichen bei *John McDowell*, Mind and World, Cambridge, Mass. 1994.

⁹Im Einzelnen dazu *Bertrand Russell*, Philosophie. Die Entwicklung meines Denkens, Frankfurt am Main 1992.

¹⁰Ausführlicher dazu *Michael Esfeld*, Holismus und Atomismus in den Geistes- und Naturwissenschaften. Eine Skizze, in: *Alexander Bergs/Soelwe I. Curdts* (Hrg.), Holismus und Individualismus in den Wissenschaften, Frankfurt am Main 2003, S. 7 ff.

dass man das Ganze braucht, um das Einzelne zu bestimmen. Sobald man das Ganze bestimmt, wird es zum Einzelnen und büßt seine Rolle als kontrollierende Zentralinstanz ein. Die Gegenposition des Atomismus scheitert aber daran, dass Bedeutung eine relationale Eigenschaft ist und keine intrinsische Eigenschaft von Sprachelementen. Aber auch Tatsachen sind nicht begriffsfrei zugänglich, so dass der Atomismus nicht funktioniert. Eine Auffanglinie ist zunächst der Molekularismus. Dieser versucht, Bedeutungen im Rahmen von Texten oder Tatsachen im Rahmen von Theorien zu verorten. Damit wird die Einheit des Ganzen durch eine Mehrzahl von Sprachspielen oder Paradigmen ersetzt, die nichts miteinander zu tun haben. So meint man, den relationalen Bedeutungsdrift in einer Gestalt und damit einer Grenze auffangen zu können. Es entsteht dadurch aber das bekannte Problem der Inkommensurabilität. Molekulare Einheiten konkurrierender Paradigmen sind danach deduktiv getrennt und können nicht sinnvoll miteinander sprechen. Es gibt eine Vielzahl von Welten, aber als Inseln, zwischen denen keine Brücken bestehen.

Dieses Problem wird erst mit der Kritik Davidsons am Unverträglichkeitstheorem von Kuhn und Feyerabend überwunden. Davidson zeigt, dass von Inkommensurabilität nur in einer gemeinsamen Welt gesprochen werden kann. Dabei stellt Davidson die Frage nach der Bedeutung nicht als eine der Eigenschaft von Ausdrücken, sondern als eine nach deren Verstehen oder Interpretation.¹¹ Damit vermeidet er die Unzulänglichkeiten des Quineschen Holismus. Er trennt sich vom Verifikationismus und konzipiert den Holismus so, dass nicht die Sprache als Ganzes zum Bedeutungsträger wird. Wenn das Ganze der Bedeutungsträger wäre, könnte man nicht mehr erklären, wie wir einzelne Äußerungen verstehen. Stattdessen schlägt Davidson ein Lernmodell vor, das Bedeutung nicht voraussetzt, sondern ihre Erzeugung eben als Interpretation vor dem offenen Horizont eines Ganzen untersucht.¹²

Mit Davidson ist also der methodische Aspekt wieder vom Wertaspekt getrennt. Man braucht für die Bestimmung des Einzelnen das Ganze, aber dieses Ganze ist dadurch nicht von vorrangigem Wert. Diese Trennung gelingt ihm, weil er den Holismus nicht mehr nach dem Schema Teil und Ganzes konzipiert, sondern nach dem Schema Gestalt und Horizont. Eine Gestalt kann man nur vor dem Hintergrund eines unbestimmt bleibenden Horizonts sehen. Aber der Horizont wird dadurch nicht zum eigentlichen Träger der Bedeutung.

Der Holismus ist für eine Semantik unverzichtbar, kann aber im Durchgang durch die analytische Diskussion als Problem präzisiert werden. Dabei ergeben sich zwei Abschwächungen in der holistischen Theorie. Einmal muss man auf der Seite der Elemente des Ganzen auf eine strikte Anforderung der Identität verzichten. Zum zweiten muss man auf der Seite des Ganzen auf eine Bestimmung als Figur verzichten.

¹¹Dann vor allem *Donald Davidson*, Radikale Interpretation, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 183 ff.

¹²Zum Interpretationismus Davidsons hier vor allem *Jasper Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 183 ff.

Zunächst zum Problem der Identität: Ein semantischer Holismus ist unmöglich, wenn man für die Bestimmung von Überzeugungen oder Bedeutungen eine strikte Identität verlangt.¹³ Strikte Identität würde Bedeutung als intrinsische Eigenschaft der Einzelemente voraussetzen und damit als Atomismus noch weniger plausibel sein als die geschilderte Form des Holismus. Wenn Bedeutung relational ist und nur über den Umweg von Differenzen oder Inferenzen bestimmt werden kann, muss man die Forderung strikter Selbstidentität einschränken. Denn Relation setzt als Umweg mindestens eine Zeitdifferenz.

Strikte Identität ist aber keineswegs notwendig. Vielmehr ist davon auszugehen, „dass die umgangssprachliche Rede von ‚derselben‘ Überzeugung oder ‚derselben‘ Bedeutung zweier sprachlicher Ausdrücke eine grobe Redeweise ist.“¹⁴ Sie lässt vielerlei Spezifizierungen zu. Für die benötigte Ausdifferenzierung einzelner Gehalte an Überzeugungen oder Bedeutungen mag es durchaus hinreichen, wenn die Bedeutungen oder Überzeugungen „irgendwie“ auf ihren Einklang oder ihre Verschiedenheit hin vergleichbar gemacht und aufeinander bezogen werden. Dieses „irgendwie“ lässt sich durchaus holistisch, vor allem etwa inferenzsemantisch präzisieren. Ausgangspunkt bleibt, um nicht gleich auch den Holismus mit über Bord zu werfen, dass das durch Bedeutungen und „Überzeugungen gebildete System [...] einen Gedanken fest[legt], indem es ihm im logischen und epistemischen Raum seine Stelle zuweist.“¹⁵ Bestimmung braucht nicht mehr unbedingt als Identität, nicht einmal mehr als Individuation aufgefasst werden. Es reicht allein das Festlegen auf eine inferentielle Rolle zur Verortung aus. Und das kann in vielerlei Weise geschehen. Statt sich also auf „Eins-zu-eins-Relationen wie der der Identität oder Konstitution“ festlegen zu müssen, reicht es aus „Viele-zu-eins-Relationen“ als Verortung ins Spiel zu bringen.¹⁶ Gewonnen ist damit, den unmittelbaren Durchschlag von Veränderungen im Ganzen auf eine Veränderung des Einzelnen in einem Netz von inferentiellen Verweisen aufzufangen zu haben.

Die zweite Präzisierung des holistischen Problems durch die analytische Diskussion ergibt sich bei der Bestimmung des Ganzen. Im herkömmlichen Begriff der Totalität wird dieses Ganze bestimmt und genau durch diese Bestimmung zu einem Element zwischen allen anderen. Damit kann es seinen Auftrag, die Austauschbewegung aller Elemente zu kontrollieren, nicht mehr erfüllen. Es entsteht also ein Paradox, das auch durch Temporalisierung nicht aufgehoben werden kann. Deswegen muss man sich von der Auffassung des Ganzen trennen,

¹³Diese Vorstellung kritisiert auch schon *Ludwig Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt/M. 1984, § 216.

¹⁴Vgl. *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, *Holismus in der Philosophie*. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff., 25.

¹⁵*Kathrin Glüer*, *Alter Hut kleidet gut*. Zur Verteidigung des semantischen Holismus, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 114 ff., 116.

¹⁶Vgl. *Kathrin Glüer*, *Alter Hut kleidet gut*. Zur Verteidigung des semantischen Holismus, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 114 ff., 121.

wonach es eine Gestalt darstellt, unter die man alle Einzelemente subsumieren kann. Es geht um den Versuch, den Holismus ohne Ganzes zu denken.

Der vertikale Holismus in der Figur der Totalität funktioniert nur als rhetorische Fassade. Denn jede Praxis, die das Ganze bestimmt, macht es eben dadurch zum Teil. Funktionieren kann ein Holismus nur als praktischer. Während der theoretische Ansatz dazu auf revisionsimmune Sätze zurückgehen will, sieht der Gegenansatz darin eine Frage praktischer Entscheidungen im Verständigungsprozess. Jede Diskussion muss durch Vertrauensvorschuss und Anfechtungsstruktur ihr Gebiet eingrenzen. Wenn man das Ganze für handhabbar hält, gibt es eine „Wir-Perspektive“, die man der Verständigungspraxis überordnen kann, um diese von dort aus zu herrschen. Dem ist ein konsequent praktisches Verständnis des Holismus entgegenzuhalten, das auch das Moment des Ganzen aus den Verhältnissen nicht kollektiv bestimmt. Vielmehr ist auch dies Innern der Praktiken heraus zu sehen und damit „holistisch individuell“¹⁷ eine Angelegenheit „zwischen“ den Beteiligten solcher Praktiken. Damit sind „holistische Strukturen als Implikate von Praktiken mit sprachlichen Ausdrücken zu verstehen. Diese Implikate bilden sich von Praxis zu Praxis neu aus. Sie kommen also im Übergang zustande, sind mit den Praktiken verbunden, ohne dass diese irgendwelche Momente der Strukturen selbst konstituieren würden.“¹⁸ Holismus ist den Praktiken implizit und kann daher allenfalls explizit gemacht werden. Sei es in Begründungen als Ableitung, sei es in Bedeutungserklärungen als Schluss auf einen begrifflichen Gehalt. Damit aber Begründen überhaupt funktionieren kann, muss es so etwas wie einen Grund geben. Und damit Erklärungen funktionieren können, muss es so etwas die ein Erklärendes geben. Diese Binsenweisheit bedeutet zum einen, dass eine Explizierung des den Praktiken impliziten Holismus sich nicht in einem ad infinitum verlieren darf und kann. Gleichwohl kann sie kein „natürliches Ende“ finden. „Holistische Beziehungen - und mit ihnen das, was verstanden werden muss, wenn etwas verstanden werden soll - reichen nicht ad infinitum, sondern lediglich ad indefinitum.“¹⁹ Ein Ende kann immer nur praktisch erreicht werden. Sei es durch die Einwandfreiheit der bemessen an der Ausgangsfrage zufriedenstellenden Begründung. Oder sei es durch den sich an dem vom Sinn der Frage nach einer Erklärung vorgezeichneten Raum einer Antwort²⁰, mit der eine Zufriedenheit mit dem erreichten Verständnis eines begrifflichen Gehalts erreicht werden kann. „Da es eine kommunikative

¹⁷Dazu *Jasper Liptow*, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*. (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 129 ff., 135.

¹⁸*Georg W. Bertram*, Holismus und Praxis. Der Zusammenhang von Elementen, Beziehungen und Praktiken, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 59 ff., 72.

¹⁹Vgl. *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff., 37.

²⁰Im Sinne von *Ludwig Wittgenstein*, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, Frankfurt/M. 1984, S. 227 gerade als Richtung, also relational wiederum, also keineswegs substantiell: „Eine Frage verstehen heißt, die Art des Satzes als Antwort wissen. Ohne Antwort keine Denkrichtung, keine Frage. Man kann nicht richtungslos suchen.“

Praxis ist, in der Ausdrücke und Überzeugungen ihren Inhalt erhalten, erweist sich auch die Reichweite ihrer Bestimmtheit als eine letztlich praktische Frage. Denn es liegt niemals ein für allemal fest, inwieweit man die Überzeugungen eines anderen teilen oder überblicken muss, um eine seiner Äußerungen zu verstehen. Es kann und darf offen bleiben, bis zu welchem Punkt wir einander folgen und verstehen können (und wollen). Statt ‚ad infinitum‘ - ins Unendliche - zu reichen, sind die Vernetzungen des Denkens ‚ad indefinitum‘ - bis ins Unbestimmte - artikuliert. Einen bestimmten Gehalt haben unsere Gedanken vor dem Hintergrund einer unbestimmt weiten Verbindung mit anderen Gedanken und mit den Gedanken anderer. Das genügt.“²¹

Die historische Entwicklung von einem starken zu einem schwachen Holismus erlaubt nun Differenzierungen im Begriff des Ganzen. Die Struktur eines holistischen Arguments lässt sich mit drei Gegensatzpaaren sichtbar machen: Ein Holismus ist vertikal, wenn er dem Schema Ganzes und Teil folgt und damit die Teile als defizitär und einer Einordnung bedürftig begreift. Ein Holismus ist horizontal, wenn er das Schema Gestalt und Horizont zugrunde legt und damit den Teil als produktiv und das Ganze als abhängig von dessen Sicht begreift. Ein Holismus heißt epistemisch, wenn er das Ganze für eine bestimmbar große Größe hält, von der aus man deduktiv argumentieren kann. Ein Holismus heißt praktisch, wenn er das Ganze als Möglichkeit zur Öffnung des Rahmens einer konkreten Diskussion sieht. Ein Holismus ist moderat, wenn er Einschränkungen für begründbar und machbar hält, ein Holismus ist radikal, wenn er dies prinzipiell ablehnt. Der Holismus der herkömmlichen Lehre ist danach vertikal und epistemisch. Mit der postulierten Zugangsmöglichkeit zum Ganzen ist er auch moderat. Aber weil das Postulat der Zugänglichkeit nicht eingelöst werden kann, bleibt diese Moderation illusionär. Die Position der Gerichte bestimmt die holistische Dimension eher horizontal und praktisch. Bei der Moderation ganzheitlicher Zusammenhänge geht sie pragmatisch vor.

II. Starker Holismus der Grundrechtstheorie

Die Grundrechte waren für die Weimarer Staatsrechtslehre zunächst eine Verlegenheit. Ihre Leistung war noch nicht diskutiert²² und ihre objektive Seite noch kaum ausgeformt.²³ Sie boten daher Anlass für den so genannten

²¹Vgl. *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie*, Weilerswist 2002, S. 30 ff., 37 f.; der dafür auch auf die Sprachphilosophie Wilhelm von Humboldts verweist. Weiter auch *Michael Esfeld*, Ein Argument für sozialen Holismus und Überzeugungs-Holismus, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 54, 2000, S. 387 ff.

²²Vgl. als Überblick über die Grundrechtsdiskussion in der Weimarer Zeit: *Carl-Hermann Ule*, Über die Auslegung der Grundrechte, in: *AöR* 60 (1932), S. 37 ff.

²³Die objektive Seite der Grundrechte liegt darin, dass sie eine Vorgabe für den einfachen Gesetzgeber bilden und für den Richter eine Auslegungsregel usw. Es gab zur Entdeckung dieser objektiven Seite lediglich erste Ansätze. Vgl. *Hans Kelsen*, Die Entwicklung des Staatsrechts in Österreich seit dem Jahre 1918, in: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Band 1, Tübingen 1929, S. 154 ff.; *Martin Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum, in: *Festgabe*

Weimarer Methodenstreit,²⁴ worin sich Positivisten und Antipositivisten gegenüber standen. In diesem Streit orientieren sich die positivistischen Argumente am Wortlaut der Verfassung. Damit sollte ganzheitliches Denken zurückgedrängt werden. Seinen Grund hatte dies darin, dass der Holismus in hegelianischen oder organozistischen Varianten häufig als Legitimation des Obrigkeitsstaates und Einschränkung der Freiheit fungierte.

1. Integration zur staatlichen Einheit

Auch Rudolf Smend²⁵ hat die Grundrechte als das neue Element der Weimarer Reichsverfassung in den Mittelpunkt seiner Theorie gestellt. Die Einheit des Rechts soll jedoch nicht in die Politik externalisiert werden. Sie wird vielmehr als immanenter Wertbezug in den Grundrechten selbst verankert. Smend wirft der positivistischen Lehre vor, dass ihre Sicht das spezifische Wesen der Grundrechte verfehle und diese leer laufen lasse als "Anwendungsfälle des ohnehin geltenden Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung."²⁶ Das Schattendasein der Grundrechte in der Weimarer Staatsrechtsdiskussion war zwar inzwischen durch erste Untersuchungen überwunden worden,²⁷ aber noch immer war ihre Sicht positivistisch geprägt.²⁸ Smend will mit seinem Beitrag eine über den Gesetzesvorbehalt hinausgehende Bedeutung der Grundrechte herausarbeiten. Ihre Aufgabe liege in der "dauernden Erneuerung und Weiterbildung des staatlichen

der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, Tübingen 1923, S. 3 ff., 23; *Carl Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 5. Aufl., Berlin 1970, S. 170 ff.

²⁴Diese Diskussion wurde auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehre geführt und bezog sich auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 109 WRV. Als Vertreter der antipositivistischen Richtung referierte Erich Kaufmann und als Vertreter der positivistischen Richtung Hans Nawiasky. Vgl. dazu VVDStRL 3 (1927), S. 2 ff. (*Erich Kaufmann*), S. 25 ff. (*Hans Nawiasky*). Vgl. dazu grundsätzlich *Michael Stolleis*, Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?, Stuttgart 2001; sowie *ders.*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 3, München 1999, S. 153-202. Vgl. außerdem *Rudolf Smend*, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre und der Richtungsstreit, in: *Horst Ehmke* (Hrg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 575 ff.

²⁵Die Literatur zu Rudolf Smend ist sehr zahlreich. Hier sei verwiesen auf *Stefan Ruppert*, Rudolf Smends Grundrechtstheorie, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 327 ff., 330, Fn. 17, 18, 19, wo die wichtigsten juristischen, politikwissenschaftlichen und philosophischen Texte zu Smend und seiner Integrationslehre genannt werden.

²⁶Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1927), S. 44 ff., 45.

²⁷Vgl. dazu *Wilhelm Hofacker*, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, Stuttgart 1926; *Richard Thoma*, Grundrechte und Polizeigewalt, in: *Heinrich Triepel* (Hrg.), Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925, S. 183 ff.; *Georg Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. Aufl., München/Leipzig 1919; *ders.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1919.

²⁸Vgl. dazu die Darstellung in *Hans Carl Nipperdey* (Hrg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 1-3, Berlin 1929-1930; *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., Berlin 1933, S. 505 ff.

Willensverbandes.”²⁹

Die Stärke Rudolf Smends liegt in seiner Grundrechtstheorie. Genau so wie Carl Schmitt wendet er sich gegen den Liberalismus³⁰ und dessen defizitäres Verständnis der Grundrechte als bloße Abwehrrechte des Einzelnen. Aus Smends Sicht will der Grundrechtskatalog ”eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d. h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem normieren, und er normiert es als nationales, als das System gerade der Deutschen, das allgemeinere Werte national positiviert, eben dadurch aber den Angehörigen dieser Staatsnation etwas gibt, einen materialen Status, durch den sie sachlich ein Volk, untereinander und im Gegensatz gegen andere, sein sollen.”³¹ In dieser geschlossenen Ordnung geht es primär um die Hervorbringung der staatlichen Einheit und nur sekundär und ausnahmsweise um Abwehrrechte des Einzelnen. Besonders deutlich wird dies in Smends Vortrag ”Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht”,³² worin er dem katholischen Grundrechtsverständnis ein protestantisches Grundrechtsverständnis entgegenstellt. Während der Katholizismus im Kampf gegen den preußischen Staat ein Verständnis des Glaubens als ausgrenzende Privatsphäre des Bürgers entwickelt hat, sei die protestantische Linie durch die Sicht eines den Staat annehmenden Bürgers gekennzeichnet. Damit wird die Ausübung der Freiheit dem Ziel der Integration untergeordnet, und ein Abwehrrecht des Bürgers kann nur angenommen werden, soweit es mit dem grundlegenden Ziel vereinbar ist: ”Für die heutigen Grundrechte gilt mit neuem Recht, und stärker als für die des monarchischen Staats der Satz der Menschenrechte, dass diese Rechte nicht Schranken, sondern Verstärkungen des Staats und der Staatsgewalt sein sollen, deren Akte, weil im Rahmen dieser Rechte vollzogen, darum um so wirksamer sein sollen.”³³

Methodisch ist Smends Theorie strikt holistisch. Sie steht damit im Einklang mit der Tendenz der Weimarer Diskussion vom Staat als dem Ganzen her zu denken. Das Neue liegt darin, dass er den Zusammenhang von Staat und Gesellschaft herausarbeitet. Die beiden Größen werden in seiner Theorie entgegen dem herrschenden Rechtspositivismus nicht getrennt,³⁴ sondern gerade in ihrer Wechselwirkung untersucht. Damit kann Smend über das liberale Verständnis des formalen Rechtsstaates hinausgehen und den Interventions- und Verwaltungsstaat in den Blick nehmen. Zudem kommen mit Parteien und Ver-

²⁹ Rudolf Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1927), S. 44 ff., 47.

³⁰Vgl. dazu Frieder Günter, Denken vom Staat her, München 2004, S. 34, der darauf hinweist, dass 1926 Schmitt und Smend noch ein gemeinsames Vorgehen auf der Staatsrechtstheoretik in Münster planen.

³¹Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (264).

³²Berlin 1933.

³³Rudolf Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1927), S. 44 ff., 48.

³⁴Vgl. dazu Horst Ehmke, ”Staat” und ”Gesellschaft” als verfassungstheoretisches Problem, in: Konrad Hesse u. a. (Hrg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, Tübingen 1962, S. 23 ff., 41 f. Vgl. auch Horst Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, S. 13 ff., 19 ff.

bänden neue Akteure des Verfassungslebens in den Blick, welche die bisherige Lehre vernachlässigt hatte. Im obrigkeitsstaatlichen Denken entsteht damit ein Stück Dynamik. Smends Holismus wird nicht aus dem Begriff des Staates oder des Organismus entwickelt, sondern aus der Kontextualisierung von Einzelproblemen. Schon in seiner Dissertation gelingt es ihm zu zeigen, dass wortgleiche Normtexte in verschiedenen politischen Zusammenhängen zu einer unterschiedlichen Bedeutung führen.³⁵ Er argumentiert damit im Rahmen einer holistischen Semantik, ohne über diesen Begriff schon verfügen zu können. Aber diese Semantik wird in der Konsequenz doch nicht horizontal entwickelt, sondern mit einem schnellen Sprung zum Ganzen in die traditionelle vertikale Struktur des Staatsdenkens eingefügt. Vorbereitet wird dieser Sprung durch die geisteswissenschaftliche Methode, welche Smend aus der philosophischen Diskussion seiner Zeit aufnimmt. In einem Dreischritt von Erlebnis, Verstehen und Erkenntnis soll danach eine dialektische Vermittlung von Individuum und ideell geistigen Allgemeinheiten stattfinden.³⁶ Dieser Vorgang steht unter dem Leitbegriff der Integration: "Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staats, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat, nämlich seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses."³⁷ Wenn Smend hier von Totalität redet, geschieht dies nicht zufällig. Zwar soll die Einheit des Staates nicht einfach vorausgesetzt, sondern hergestellt werden. Aber diese Einheit ist kein indefiniter Horizont. Sie ist vielmehr eine definierte Größe als Totalität des staatlichen Lebens. Der Erlebnisinhalt als gefühlte Einheit der Integration ist ein Zugeständnis an den Zeitgeist. Die Form aber, in der das Erlebnis seinen Halt findet, ist die von Hegel paradigmatisch formulierte Metaphysik des Buches. Diese Verknüpfung von Erlebnis und Totalität ist als Neuhegelianismus in den 20er Jahren Zeitgeist und prägt auch maßgeblich die Position von Karl Larenz, der später die hermeneutische Reformulierung dieser Theorie als Wertungsjurisprudenz liefern wird. Auch bei Smend bleibt Pluralismus bis in die

³⁵Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der belgischen, Göttingen 1904. Zur Interpretation und Einordnung dieses Textes vgl. *Stefan Ruppert*, Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 327 ff.; *Stefan Koriath*, Integration und Bundesstaat: Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends, Berlin 1990, S. 16 ff.

³⁶Smend bezieht sich hier vor allem auf Theodor Litt. Vgl. dazu *Stefan Ruppert*, Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 337; *Michael Stolleis*, Juristen, München 2001, S. 585; zu Litt vgl. *Theodor Litt*, Individuum und Gemeinschaft. Grundfragen der sozialen Theorie und Ethik, 3. Aufl., Leipzig 1926; *ders.*, Mensch und Welt. Grundlinien einer Philosophie des Geistes, München 1948. Die Theorie Litts knüpft an Hegel und Dilthey an. 1937 wird er auf eigenen Wunsch hin emeritiert und kann erst in der Bundesrepublik wieder lehren. Vgl. dazu *Thomas Friedrich*, Theodor Litts Warnung vor "all zu direkten Methoden", in: *Wolfgang F. Hauk* (Hrg.), Deutsche Philosophen 1933, S. 99 ff., 103. Grundsätzlich zur Theorie von Litt: *Ludwig Funderburk*, Erlebnis – Verstehen – Erkenntnis. Zu Theodor Litts System der Philosophie, Bonn 1971.

³⁷Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatserrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (189).

50er Jahre hinein negativ konnotiert,³⁸ weil er alle Unterschiede vollkommen dem Ziel der herzustellenden Einheit unterordnet.

Obwohl Smend seinen holistischen Ansatz eher kontextuell und praktisch entwickelt, wird er von der Diskussion seiner eigenen Wissenschaft und der lebensphilosophisch-neuhegelianischen Grundströmung der Zeit in die Richtung eines vertikalen Holismus getrieben. Sein Ausgangspunkt war das Verstehen von Verfassungstexten aus dem politischen Zusammenhang heraus. Der Begriff Integration erlaubt ihm den Übergang vom hermeneutischen Problem in die hegelianische Struktur der Totalität. Der Begriff fungiert als Steuergröße und Maßstab für das Ganze und soll gleichzeitig eine bestimmbarere Bedeutung haben. Denn Smend kann auf die Fixierung dieser Größe nicht verzichten, weil er sie dringend braucht, um die verschiedenen Elemente seiner Theorie miteinander zu vermitteln. Als persönliche Integration soll sie die Einheit des Staatsvolkes im Monarchen, Führer oder Kabinett repräsentieren.³⁹ Mit dieser Dimension der Integration verbindet er die Demokratie mit obrigkeitstaatlichem ganzheitlichem Denken. Als funktionelle Integration⁴⁰ wirken kollektive soziale Vorgänge, die zum Erlebnis der Gemeinschaft führen. Damit verbindet Smend die lebensphilosophische Komponente seiner Theorie mit der hegelianischen. Als sachliche Integration unterwirft er die Grundrechte der Aufgabe die staatliche Einheit hervorzubringen. Damit ordnet er die hermeneutische Dimension des Rechtsverstehens einem zentralen Fluchtpunkt unter. Der Begriff Integration ist mit diesen vielfältigen Aufgaben überfordert. Er soll zentral sein und zugleich alle möglichen Dienste verrichten. Diese gegensätzlichen Anforderungen kann der Begriff nicht in sich aufheben. Er oszilliert⁴¹ und löst sich auf: "Smend nimmt an, dass die Einsicht in die Integrationsfunktion der Verfassungsnormen nicht nur die allgemeine Vermutung für ihre unmittelbare Rechtswirksamkeit begründe, sondern auch Fingerzeige für die richtige Auslegung schwieriger Sätze geben könnte. Dies ist aber ein Irrtum. Integrationswirkung hat ein Verfassungssatz gleichermaßen, ob er nun in diesem oder jedem Sinne auszulegen ist, es kann also mit der Integrationswirkung keine Einzelfrage der Auslegung beantwortet werden."⁴² Thoma benennt hier richtig das Problem der textuellen Strategie in den Schriften von Smend. Der Begriff der Integration wird überlastet und damit leer. Er gleitet in die sanfte Ironie des transzendentalen Signifikats, welches nachträglich bestimmt, was es von Anfang an gesteuert haben will.

³⁸Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Das Problem der Institutionen und der Staat. Staat als Beruf. Vortrag in der Institutionenkommission der evangelischen Studiengemeinschaft (Christophoros-Stift) 1956, in: *Zeitschrift für evangelische Ethik* 6 (1962), S. 55 ff.; *ders.*, Stellungnahme, in: *VVDStRL* 11 (1954), S. 240.

³⁹*Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (142-148).

⁴⁰Ebd., S. 148-160.

⁴¹Vgl. dazu *Oliver Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 195 ff.

⁴²*Richard Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: *Hans Carl Nipperdey* (Hrg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1929, S. 9 ff., 11.

2. Normative Aufladung

Heute situiert man die bundesdeutsche Staatsrechtslehre⁴³ von 1949 bis 1970 zwischen den Polen von Dezision und Integration.⁴⁴ Dabei blieb die Schmitt-Schule weiterhin dem traditionellen obrigkeitsstaatlichen Verständnis verhaftet,⁴⁵ während die Smend-Schule aufgrund verschiedener Faktoren eine aktive Anpassung an die "Westernisierung"⁴⁶ der Bundesrepublik vollziehen konnte.⁴⁷ Diese Faktoren liegen sicher in der Person Smends, der Atmosphäre in seinen Göttinger Seminaren⁴⁸ und dem Umstand, dass er sich der Schweizer und angelsächsischen Verfassungstradition öffnete. Theorieimmanent lag dies aber daran, dass der Begriff der Integration entwicklungsfähig war, indem man seine Rolle als transzendentes Signifikat allmählich vergaß und ihn dadurch präziserte, dass man konkrete Akteure der Integration betrachtete. Die Justierung der Theorie Rudolf Smends an den neuen Bedingungen deutscher Staatlichkeit erfolgte in drei Schritten: Zunächst wurde der Begriff der Integration normativ aufgeladen. Dann rückte die Verfassung an die Stelle des

⁴³Vgl. dazu *Dieter Gosewinkel*, Adolf Arndt. Der Wiederbegründer des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945-1961), Bonn 1991, S. 531; *Dirk van Laak*, Gespräche in der Sicherheit des Schweigens, Berlin 2002, S. 164, 183, 191; *Stefan Koriath*, Integration und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends, Berlin 1990, S. 291 ff.; *Dean Schefold*, Geisteswissenschaften und Staatslehre zwischen Weimar und Bonn, in: *Karl Achem u. a.* (Hrg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, Stuttgart 1998, S. 567 ff.; *Christoph Möllers*, Staat als Argument, München 2000, S. 230 ff.

⁴⁴So der Untertitel des Buches von *Frieder Günter*, Denken vom Staat her, München 2004; grundlegend dazu *Michael Stolleis*, Die Staatsrechtslehre der 50er Jahre, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 393 ff.

⁴⁵Vgl. generell zur Entwicklung der Staatsrechtswissenschaft nach 1945: *Joachim Perels*, Die Restauration der Rechtslehre nach 1945, in: *Kritische Justiz* 17 (1984), S. 359 ff.; *Helmut Fangmann*, Die Restauration der herrschenden Staatsrechtswissenschaft nach 1945, in: *Udo Reifner* (Hrg.), Das Recht des Unrechtsstaates. Arbeitsrecht und Staatsrechtswissenschaften im Faschismus, Frankfurt am Main/New York 1981, S. 211 ff.; *Claus-Dietrich Wieland*, Personelle Kontinuitäten in der Staatsrechtslehre, in: *Bärbel Eichhoff u. a.* (Hrg.), Restauration im Recht, Opladen 1988, S. 129 ff.; *Bernd Rüters*, Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933-1945, in: *Franz Jürgen Säcker* (Hrg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, Baden-Baden 1992, S. 17 ff.; *Robert Alexy*, Fortwirkung nationalsozialistischer Denkweisen in Rechtslehre und Rechtsprechung nach 1945, in: ebd., S. 219 ff.

⁴⁶Vgl. zu diesem Begriff *Anselm Doering-Manteuffel*, Wie westlich sind die Deutschen? Amerikanisierung und Westernisierung im 20. Jahrhundert, Göttingen 1999; *ders.*, Westernisierung. Politisch-ideeller und gesellschaftlicher Wandel in der Bundesrepublik bis zum Ende der 60er Jahre, in: *Axel Schildt u. a.* (Hrg.), Dynamische Zeiten, Hamburg 2000, S. 311 ff.

⁴⁷Die Gründe für die stärkere Anpassungsfähigkeit der Smend-Schule an die Bedingungen der neuen Bundesrepublik sind häufig analysiert worden. Vgl. dazu *Stefan Koriath*, Integration und Bundesstaat: Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends, Berlin 1990, S. 228 ff., besonders S. 279 f.; *Oliver Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: *Christoph Gusy*, Weimars langer Schatten – Weimar als Argument nach 1945, Baden-Baden 2003, S. 363 f. m. w. N.

⁴⁸Vgl. dazu und zum Folgenden *Frieder Günter*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 159 ff.

Staates und schließlich wurde das fiktive Gesamtsubjekt der Integration durch die wirklichen Akteure des Verfassungslebens ersetzt.

Als in den 50er Jahren Integration zum Modewort wurde⁴⁹ und jeder Werte im Munde führte, begann die Smend-Schule, sich von ihren traditionellen Voraussetzungen zu verabschieden. Die Grundrechte erschienen wieder als Abwehrrechte und nicht mehr als geschlossenes Wertesystem.⁵⁰ Auch das wertbezogene Denken gilt der Smend-Schule nur noch als zeitgemäße Einkleidung für die Entdeckung der objektiven Seite der Grundrechte.⁵¹ Der Smend, auf den das Bundesverfassungsgericht in seiner Lüth-Entscheidung impliziten Bezug nimmt, gilt in Göttingen zu dieser Zeit schon als überholt. Trotzdem ist aber eine Alternative zum vertikal-holistischen Denken in der Staatsrechtslehre noch nicht erkennbar. Methodisch bemüht sich die Smend-Schule zwar, von vertikalen Mustern und deduktiven Schemata Abstand zu nehmen, aber bis in die 60er Jahre hinein bringt das Denken dieser Schule keine Alternative hervor. Selbst die Integration der topischen Methode ins Verfassungsrecht soll ihren letzten Halt im "Konsens aller Vernünftig- und Gerech-Denkenden"⁵² finden. Damit feiert das transzendente Signifikat trotz aller Bemühungen zu einem praktischen Holismus zu gelangen seine Wiederkehr. Auch wenn die Grundrechte jetzt nicht mehr als lückenloses und hierarchisch geordnetes System aufgefasst werden,⁵³ so ist die Verfassung immer noch als eine Einheit und ein widerspruchsfreies Ganzes aufgefasst.⁵⁴ Die Smend-Schule fordert eine "Verfassungsinterpretation, durch die Widersprüche und Spannungen zwischen einzelnen Artikeln nicht zugespitzt, sondern entschärft und zum Ausgleich gebracht wurden. Gemäß dem Grundsatz

⁴⁹Vgl. dazu *Frieder Günter*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 188, Fn. 547 m. w. N.

⁵⁰Vgl. dazu *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts für Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1967, § 9 II "Die Grundrechte normieren den Status von Bürgern, die sich nicht bloß in einer Sphäre privater Beliebigkeit gegen den 'Staat' abschirmen, sondern die frei und selbstverantwortlich ihr Leben gestalten und an den Angelegenheiten des Gemeinwesens mitwirken sollen. Solche 'positive Freiheit' ist freilich missverständlich, wenn aus ihr die Verpflichtung zu einem bestimmten Gebrauch der Freiheit hergeleitet wird, mit der Konsequenz, dass jeder andere Gebrauch nicht mehr durch die Grundrechte geschützt wird. Denn wenn es der Verfassung auch um die positive Aktualisierung der Inhalte der Grundrechte geht, so geht es ihr doch ebenso um die Freiheit dieser Aktualisierung, die nur gegeben ist, wo eine Alternative besteht."

⁵¹Vgl. dazu *Konrad Hesse*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Ernst Benda u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin/New York 1995, S. 137, Fn. 26 sowie grundlegend *Helmut Goerlich*, Wertordnung und Grundgesetz, Berlin 1974.

⁵²Vgl. dazu *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff. (71).

⁵³Vgl. dazu *Horst Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, S. 95 f.; *Ulrich Scheuner*, Grundfragen des modernen Staates, in: Hermann Wandersleb (Hrg.), Recht - Staat - Wirtschaft, Band 3, Düsseldorf 1951, S. 126 ff. (157 f.); *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg/Karlsruhe 1967, S. 118 ff.

⁵⁴Vgl. dazu *Horst Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, S. 95 f.; *Ulrich Scheuner*, Grundfragen des modernen Staates, in: Hermann Wandersleb (Hrg.), Recht - Staat - Wirtschaft, Band 3, Düsseldorf 1951, S. 56 f., 98; *Rudolf Smend*, Integrationslehre (1956), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 479 f.; *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung. Freiburger Antrittsvorlesung, Tübingen 1959, S. 18 ff.; *Richard Bäuml*, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 26 ff.

„Einheit der Verfassung“ war die einzelne Norm nicht isoliert zu betrachten, sondern in den Sinnzusammenhang der Verfassung zu stellen.“⁵⁵ Wie allerdings die Interpretation vom isolierten Normtext zum Ganzen der Verfassung zu führen ist, bleibt nach wie vor offen.

Um dem vertikalen Argumentationsschema zu entkommen, wird es zwei Generationen brauchen. Erst 1979 legte der in Freiburg habilitierte Friedrich Müller eine dekonstruktive Kritik des Gedankens der Einheit der Verfassung vor.⁵⁶ Aber damit war der Kontext der Smend-Schule schon verlassen. So lange man Integration als Rahmen akzeptiert, bleibt der Pluralismus Bekenntnis und die Methode monistisch.

3. Die Einheit der Verfassung

Mit dem Rekurs auf das Prinzip der „Einheit der Verfassung“ nimmt die Vorstellung eines Ganzen des Rechts nicht nur insofern eine „realistischere“ Form an, als das Problem nunmehr textorientiert gefasst wird.⁵⁷ Zugleich lässt sich genau deswegen aber auch der grundlegende Mangel jeder Einheitsvorstellung am deutlichsten herausstellen. In kritischem Anschluss an die Fortentwicklung der Smend’schen Theorie durch Konrad Hesse hat Friedrich Müller eine prinzipielle Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfigur vorgelegt. Denn „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.“⁵⁸ Das Bundesverfassungsgericht nahm zum Ende der 50er Jahre das Argument der Einheit der Verfassung in seine Rechtsprechung auf. Es handelt sich um einen langsamen Ausnüchterungsprozess des Wertedenkens. Das Gericht versucht, mit dieser Figur das Problem des Holismus textbezogener zu fassen. Damit soll Verfassungskonkretisierung auf den Gesamtzusammenhang entsprechender konstitutioneller Normierungen orientiert und in diesen eingeordnet werden. Die schon von dem Konzept der Einheit der Rechtsordnung bekannten Postulate und Anforderungen kehren hier wieder, so sehr man auch bemüht ist, die Spitze idealisierender Spekulation abzuschwächen: „Einheit der Verfassung“ im Sinn eines Leitbilds verfassungsrechtlicher Methodik soll dem Interpreten als Ausgangspunkt wie vor allem als Zielvorstellung das Ganze der Verfassung als ein zwar nicht spannungsloses und in sich ruhendes,

⁵⁵ *Frieder Günter*, Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration in den 50er Jahren, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 301 ff. (310 f.).

⁵⁶ *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979.

⁵⁷ Eingehend zur „Einheit der Verfassungsurkunde“ *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, S. 114 ff.

⁵⁸ *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Band I Grundlagen. Öffentliches Recht, Achte, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, Berlin 2002, Rdn. 384 f.

wohl aber als ein sich sinnvoll zusammenschließendes Normengefüge vor Augen stellen.“⁵⁹ Ebenso, wie der Bezug auf eine Einheit der Verfassung Widersprüchlichkeiten ausräumen soll, so soll er dort zu einer Rechtsfindung verhelfen, wo die Verfassung „schweigt“.⁶⁰ Die einzige Veränderung gegenüber den herkömmlichen Vorstellungen besteht darin, dass diesem Bezug nunmehr ein konkret greifbarer Zielpunkt gegeben ist; nämlich die Verfassung als Text, als sichtbar vertextetes Recht. Genau deswegen aber wird die Aporie juristischen Einheits- und Ganzheitsdenkens umso greifbarer. Denn weder ist das Grundgesetz in sich geschlossen, noch ist es in sich widerspruchsfrei.⁶¹ Damit zerlegt sich die Einheit der Verfassung in die sie vorgeblich realisierenden Normgefüge immer dann, wenn man sie verwerten will: „Die Verfassung ist kein erschöpfendes Grundbuch von Staat und Gesellschaft, ist nicht die Ordnung der Totalität des Lebens beider Bereiche.“⁶² Allenfalls mag man daher die Vertextung durch die Verfassungsurkunde formal als Einheit sehen, sofern sie sich durch eine Einheit der Rangstufe von Rechtsquellen und eine Einheit in der normativen Struktur auszeichnet. Dies aber bleibt gegenüber dem Problem äußerlich. Als Rechtstext verlangt auch das Grundgesetz immer wieder die Erzeugung von Recht nicht etwa aus, sondern vielmehr anhand seines Textes.

III. Der schwache Holismus der Praxis

Der Dezisionismus von Schmitt hat aus der schöpferischen Rolle der Praxis gegenüber dem Gesetz abgeleitet, dass das Recht seine eigene Einheit nicht garantieren könne. Kelsen geht einen Schritt weiter, indem er die schöpferische Rolle der Praxis im Rahmen einer Theorie der Rechtsnorm begreifen will: „Die auf dem Boden des angloamerikanischen ‚Common Law‘ erwachsene Theorie, dass nur die Gerichte Recht erzeugen, ist ebenso einseitig wie die auf dem Boden des europäisch-kontinentalen Gesetzesrechts erwachsene Theorie, dass die Gerichte überhaupt kein Recht erzeugen, sondern nur schon geschaffenes Recht anwenden. Diese Theorie läuft darauf hinaus, dass es nur generelle, jene, dass es nur individuelle Rechtsnormen gebe. Die Wahrheit liegt in der Mitte [...]. Die richterliche Entscheidung ist die Fortsetzung, nicht der Beginn des Rechtserzeugungsprozesses“⁶³. Aber diese klare Wahrnehmung bleibt in der Reinen Rechtslehre ohne Folgen, weil sie die Rechtserzeugung als irrationale Dezision aus dem Bereich der Wissenschaft ausgrenzt: „Was wir — und zwar mit gutem Grunde — unter dem Titel der Rechtswissenschaft betreiben, ist im Grunde nur eine Wissenschaft vom Gesetze. Die Wissenschaft vom Gesetze kann nicht

⁵⁹ Müller/ Christensen, ebd., Rdn. 383.

⁶⁰ Grundlegend dazu Friedrich Müller, Das Schweigen der Verfassung, in: *ders.*, Essays zur Theorie von Recht und Verfassung, Berlin 1990, S. 172 ff.

⁶¹ In aller gebotenen Ausführlichkeit dazu Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, S. 92 ff.

⁶² Müller, ebd., S. 100.

⁶³ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 260.

mehr beinhalten, als das Gesetz beinhaltet”⁶⁴.

1. Der Holismus funktioniert praktisch

An die Stelle der Regeln treten die Präzedenzfälle, das sind im Fall der Verständigungspraxis die paradigmatisch und damit als prägend erfahrenen Fälle gelungener Verständigung.⁶⁵ Entsprechend handelt ”regelhaft”, ”wer nach Präzedenzen erfolgreicher Handlungsvollzüge des gleichen Typs handelt.” Das heißt, ”regelhaftes Handeln” ”besteht [...] immer darin, eine konkrete Handlungssituation [...] so auf die eigene Kenntnis ähnlicher Präzedenzfälle zu beziehen, dass von einem bestimmten Verhalten [...] mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann”.⁶⁶

Damit wird Verständigung nicht wieder kollektivistisch als eine Orientierung an vorausliegenden gemeinschaftlichen Mustern gedeutet, sondern in seiner individualistischen Konsequenz angenommen: ”Gelungene Verständigung” heißt dann im Sinne Davidsons, vom anderen in dem Sinne interpretiert zu werden, den man sich für die eigene Äußerung vorgenommen hat. Entsprechend dem Brandonschen Modell wird Bedeutung über die Vergegenwärtigung von Festlegungen, die dabei eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben, zum Standard von Interpretationen. Verständigung zeigt damit die grundsätzlich zeitliche Dimension, dass sich ihr Erfolg dem verdankt, Vergangenes als Ansatz für Interpretation einzuholen: ”Die Tatsache, dass es keinen Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung gibt, der außerhalb des Geschehens gegenseitiger Interpretation liegt, heißt nicht, dass es überhaupt keinen solchen Standard gibt. Der Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung kann nämlich genauso gut anderen gelungenen Akten sprachlicher Verständigung entstammen.”⁶⁷ Der Witz dabei ist, dass das Gelingen von Verständigung keineswegs auf so etwas wie Bedeutung bezogen ist jedenfalls nicht auf eine, die ihr vorausgesetzt wäre. Vielmehr ergibt sich umgekehrt Bedeutung als ein solches Gelingen. Insofern ist Bedeutung nicht die Mutter von Verständigung. Vielmehr ist der kommunikative Erfolg der Vater aller Bedeutung.⁶⁸ ”Wir können die Teilnehmer an einem bestimmten Akt sprachlicher Verständigung deswegen bereits als mit intentionalen Zuständen und einer Sprache begabte Wesen begreifen, weil wir davon ausgehen können, dass diese Eigenschaften das Produkt unzähliger weiterer gelungener Akte

⁶⁴ *Adolf Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: *Hans Klecatsky u. a.* (Hrg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Wien 1968, S. 1167 ff. (1178).

⁶⁵ Ausdrücklich von einer Orientierung an ”Präzedenzen” allerdings kollektivistisch in Bezug auf regelhaftes Handeln spricht auch *David K. Lewis*, Konventionen. Eine sprachphilosophische Abhandlung, Berlin 1975.

⁶⁶ *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 174.

⁶⁷ *Jasper Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 206.

⁶⁸ Dieser Gedanke findet sich ohne Bezug auf Brandom bereits bei *Rudi Keller*, Sprachwandel, Tübingen 1990.

der Verständigung sind.”⁶⁹

Für das Gelingen der Verständigung sorgt somit die Festlegung darauf, selbst die Folge bereits gelungener Verständigung zu sein. Genau dieses Moment ist es auch, das dann für die Frage der Berechtigung von Interpretationen als Bedeutung expliziert werden kann. Hier zeigt sich, inwiefern es sich bei Bedeutung um gar nichts anderes handeln kann als um Inferenz. Sofern Bedeutung als Grund von Festlegungen auf einen Äußerungssinn oder eine Interpretation fungiert, beruht sie auf semantischer Anerkennung. Sofern diese aber nicht anders in Erscheinung treten kann als durch als Verständigung, bzw. Interpretation praktizierte Festlegung ist sie nichts anderes als die damit ausgeübte semantische Autorität.

Die Absicht, verstanden zu werden, verlängert die dafür praktizierte Festlegung auf eine Anerkennung gelungener Verständigung als Gehalt in die Zukunft. Die Interpretation durch den anderen kann jeweils nur ein nächstes sein, da sie in nichts anderem wurzelt, als in dessen semantischer Autorität. Genau das macht die Pointe eines interaktionistischen Interpretationismus⁷⁰ aus, der dem Rechnung trägt, dass Interpretation praktisch für sich selbst zu sorgen hat. Sie muss die Regel immer wieder erst hervorbringen: ”Die Tatsache, dass eine gegenwärtige Entscheidung, ob die Verständigung gelungen ist, unter Bezug auf eine Tradition gelungener Verständigung gerechtfertigt wird, die ihrerseits ein Konstrukt der Gegenwart ist, begründet nur scheinbar eine einseitige Autorität der Gegenwart über die Vergangenheit. Denn eine gegenwärtige Entscheidung darüber, ob ein bestimmter Akt der Kommunikation gelungen ist oder nicht, kann nur dann eine Autorität in Bezug auf die Vergangenheit entwickeln, wenn dieser Akt (und das mit ihm zusammenhängende Konstrukt der Tradition) von zukünftigen Akten gelungener Verständigung als Teil der Tradition anerkannt wird.”⁷¹

Wie erklärt sich die Stabilität der sprachlichen Praxis? Für die Erklärung der Stabilität postuliert Brandom keine grammatischen Hinterwelten, sondern setzt beim menschlichen Handeln an. Die Kommunikationsteilnehmer bewerten gegenseitig ihr Verhalten. Das ist der pragmatische Aspekt. Aus der Stabilisierung dieser Bewertungen ergibt sich die Semantik. Alles sprachliche Bedeuten hängt von den diskursiven Festlegungen der Sprecher ab. Berechtigung und Rechtfertigung schöpfen sich aus nichts anderem, als aus dem Gang des Begründungsspiels. Dieses eröffnet den Raum der Gründe, in dem sich die normativen Einstellungen der Teilnehmer formen. Das bedeutet umgekehrt, dass sich der Gehalt über eine als Berechtigung zu seiner Behauptung zu verstehen-

⁶⁹ *Jasper Liptow*, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, S. 220.

⁷⁰ Dazu *Jasper Liptow*, *Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis*, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie*, Weilerswist 2002, S. 129 ff.; sowie *ders.*, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, S. 148 ff. u. 220 ff.

⁷¹ *Jasper Liptow*, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, S. 223.

den Korrektheit ergibt. Und ein Halt ist nur in dem jeweiligen Stand des Spiels gegeben. Die potentiell endlos fortführbare „Kette der Gründe“ wird jeweils durch die Berechtigungen unterbrochen, die als solche nicht explizit gemacht und normativ thematisiert, sondern hingenommen und als begründend unterstellt bzw. gebraucht werden. Deren Status, gerechtfertigt zu sein, bringen die Teilnehmer bis zum Beweis des Gegenteils eine Art Vertrauensvorschuss entgegen. Das heißt, das Spiel des Forderns und Liefers von Gründen beruht auf einer Art Vorschuss- und Anfechtungsstruktur von Berechtigungen, nach denen als gerechtfertigt gilt, was nicht jeweils ausdrücklich problematisiert wird. Da auch dabei konsequent pragmatisch Anfechtung und Begründung aus nichts anderem schöpfen kann als aus dem Akte des Begründens und damit in Hinblick und das normative Moment auf nichts anderem basieren kann als dem Verhältnis der Teilnehmer am Begründungsspiel zueinander beschreibt Brandom diese Verhältnisse im Anschluss an David Lewis' Begriff des „scorekeepings“ mit dem Modell der deontischen Kontoführung. Das heißt, die Teilnehmer einer Praxis betrachten sich nach dieser Metapher als solche, die über die jeweiligen Festlegungen und Berechtigungen der vorgetragenen Behauptungen Buch führen, den Erfolg von Begründungen verbuchen und dem weiter von ihm Vorgebrachten einen entsprechenden Status an normativer Autorität für die Berufung darauf zubilligen. Dabei gibt es sowohl eine Vermehrung als auch eine Verminderung des deontischen Kontostands.

Diese mitlaufende Bewertung wird in der deutschen Übersetzung als deontische Kontoführung wiedergegeben. Das führt zu vielen Missverständnissen. Es sei typisch für den amerikanischen Pragmatismus, dass er auch noch das Verstehen der Logik kleiner „shop-keeper“⁷² unterwerfen. Tatsächlich ist im englischen Original von scorekeeping in Anlehnung an das Baseballspiel die Rede. Es handelt sich um eine „analytische Metapher“⁷³, welche grundlegende Strukturen der Sprache sichtbar machen soll. Durch den Bezug auf den Sport will Brandom das kompetitive und spielerische Moment eines geordneten Konflikts hervorheben. Gerade dieses zentrale Moment geht in der deutschen Übersetzung verloren.

Kennzeichnend für den Ansatz von Brandom ist das „Prinzip der sozioempraktischen Instituierung des Normativen“.⁷⁴ Dieses besagt, dass die Normen der Praxis implizit sind. Normative Kraft gewinnen sie durch Sanktionen. Dies bietet auch den Angriffspunkt für eine Explikation. Dabei ist der „Prozess des Ausdrückens (...) nicht als eine Sache des Transformierens von etwas Innerem (zu) denken, sondern als ein *Explizitmachen* des *Impliziten*. Dies lässt sich in einem pragmatischen Sinne verstehen, insofern etwas, was wir zunächst nur tun

⁷² Herbert Schnädelbach, Sozialpragmatischer Idealismus. Bemerkungen zu Robert B. Brandoms *Expressive Vernunft*, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2004/2, S. 163 ff., 164.

⁷³ Pirmin Stekeler-Weithofer, Wir halten das Banner der Wahrheit. Zu Herbert Schnädelbachs Lektüre von Brandom, Hegel und anderen „Idealisten“, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2004/2, S. 177 ff., 177.

⁷⁴ Dazu hier Matthias Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, Baden-Baden 2004, S. 143 f. Ansonsten dazu Sebastian Knell, Die normativistische Wende der analytischen Philosophie, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 225 ff., 239 ff.

können, zu etwas wird, was wir sagen können. Anders ausgedrückt: Eine Art Wissen-*wie* wird in der Form eines Wissens-*dass* kodifiziert.“⁷⁵

Dadurch werden Praktiken der Teilnehmer für sie greifbar und der Begründung zugänglich. Wenn diese Begründungen akzeptiert werden, können sie wiederum Basis für eine Rechtfertigung werden. Dadurch ist Normativität so instituiert, dass sie in das Wissen der Teilnehmer eingeht.⁷⁶ Die Überwindung des Regulismus liegt also genau in dieser Bewegung von der Immanenz der Normativität zu ihrer in der Praxis verbleibenden Explikation. Normativität tritt der Praxis gegenüber, ohne zugleich aufzuhören, deren Bestandteil zu sein. In dem dadurch eröffneten „Raum der Gründe“⁷⁷ formen sich die normativen Einstellungen der Teilnehmer. Mit der Behauptung legt sich der Sprecher auf einen bestimmten Gehalt fest. Dies ist das implizite Moment von Normativität. Sie wird über das Fordern von Gründen explizit gemacht. Das gilt für alle Ausdrucksformen.

Wie funktioniert Normativität? Der pragmatische Ansatz erklärt Normativität nicht aus Bedeutung, sondern umgekehrt Bedeutung aus Normativität. Normativität wird dadurch zum selbstreflexiven Moment der Praxis. Sie erscheint nicht mehr als Substanz, sondern als Prozess. Zur Veranschaulichung einer sich selbst stabilisierenden Praxis greift Robert Brandom auf das Recht zurück. Er will zeigen, wie ein Sprachspiel ohne vorgeordnete Kontrollinstanz als sich selbst stabilisierende Praxis funktionieren kann. Er verwendet das Modell richterlicher Entscheidung unter den Bedingungen eines strikten Fallrechts.⁷⁸ Der Richter hat hier, ganz so wie die Beteiligten der Verständigungsprozesse, nichts anderes bei der Hand als die von ihm wahrgenommenen Fälle. Für seinen anstehenden Fall beruft der Richter sich auf Präzedenzfälle, die er zu seinem eigenen in eine Beziehung der Ähnlichkeit setzt. Das heißt, „der Gehalt der Begriffe, die der Richter anwenden muss, ist vollständig konstituiert durch die Geschichte ihrer früheren tatsächlichen Anwendungen (in Verbindung mit der Geschichte der tatsächlichen Anwendungen anderer Rechtsbegriffe, die in der Rechtsgeschichte als folgernd mit diesen verknüpft angenommen wurden). Es ist diese Tradition, gegenüber welcher der Richter verantwortlich ist.“⁷⁹

Der Richter erkennt also die Autorität der Tradition an, um selbst Autorität zu werden. Das heißt im Sinn Brandoms, dass der Richter genau die Norm instituiert, die er anwendet. Er verleiht also Präjudizien Autonomie, um sie zurückzuerhalten. Normativität ist damit von vornherein „nicht nur ein zeitlicher,

⁷⁵Robert Brandom, *Begründen und Begreifen*, Frankfurt/Main 2001, S. 18 f. Dazu in Hinblick auf die juristische Praxis auch *Ralph Christensen/ Michael Sokolowski*, *Theorie und Praxis aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre*, in: *Rechtstheorie*, Bd. 32, H. 2/3, 2001, S. 327 ff., 328 f.

⁷⁶Dazu Robert Brandom, *Expressive Vernunft*, Frankfurt/M. 2000, S. 94 ff.

⁷⁷Sebastian Knell, *Die normativistische Wende der analytischen Philosophie*, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 2000, S. 225 ff., 225 f.

⁷⁸Siehe Robert B. Brandom, *Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 3 (1999), S. 355 ff. (377 ff.).

⁷⁹Brandom, ebd., S. 377 f.

sondern auch ein geschichtlicher Prozess.“⁸⁰

Aber die Tradition ist nicht einheitlich. Sie weist Widersprüche auf. Es gibt eine große Anzahl sich widersprechender Judikate, zwischen denen der Richter auswählen muss. Damit scheint es aber, als wäre die Tradition nur ein Vorwand für eine uneingeschränkte Souveränität, die der Richter über Normativität ausübt. Es stellt sich daher die Frage nach der Richtigkeit bzw. eines Kriteriums für die Berechtigung der entsprechend eingegangenen Festlegungen. Das heißt, "Autorität" im Sinne solcher Festlegungen "muss geregelt werden"⁸¹ und kann sich nicht quasi naturwüchsig vollziehen. Und das wiederum heißt konsequent pragmatisch gedacht, dass "die Anwendungen von durch frühere Anwendungen instituierten Normen [...] gemäß den Normen, denen sie verantwortlich sind, auf ihre Richtigkeit hin bewertet werden (müssen) Damit die derzeitigen Anwendungen eines Begriffs gegenüber früheren Anwendungen dieses Begriffs (und der mit ihm verbundenen Begriffe) verantwortlich sind, müssen sie zur Verantwortung gezogen werden, als verantwortlich betrachtet oder behandelt werden."⁸²

Für die Verwaltung der richterlichen Autorität gibt es aber keinen archimedischen Punkt, von dem aus die Welt des Richters perspektivenfrei überblickt werden könnte. Eine Verselbständigung des Richtigkeitsmaßstabs zur objektiven Wir-Perspektive lässt der pragmatische Ansatz nicht zu. Die Maßstäbe dazu müssen im Handeln selbst aufgewiesen werden. Pragmatisch denken heißt, davon auszugehen, dass der Richter selbst erfolgreich handeln will. Er möchte mit seiner Entscheidung verstanden und von anderen Richtern als Autorität akzeptiert werden.

Die Souveränität der Gegenwart über die Vergangenheit hat also Grenzen. Die Gegenwart greift nicht nur zurück auf die Vergangenheit; sie wird vielmehr zugleich in Richtung Zukunft überschritten. Genau dieses Moment regelt die Autorität. Der Richter zieht die Berechtigung seiner Festlegung auf einen normativen Gehalt nicht nur daraus, seine Festlegung ausweisen zu können. Vielmehr setzt der Richter zugleich seine gegenwärtige Entscheidung einer Zukunft aus. Das heißt der lange Arm der Geschichte greift durch seine Entscheidung hindurch in die Zukunft hinaus. Der Richter will selbst als Autorität gelten. Das nennt Brandom die Verwaltung seiner Autorität. Damit ist gemeint, dass "der gegenwärtige Richter [...] von den künftigen gegenüber seiner ererbten Tradition zur Rechenschaft gezogen (wird). Denn seine Entscheidung ist für den Gehalt des fraglichen Begriffs nur insoweit wichtig, soweit dessen Präzedenzautorität von ihm oder wiederum von künftigen Richtern anerkannt wird. Wenn sie angesichts ihrer Auslegung der von ihm ererbten Tradition zu dem Schluss kommen, dass der gegenwärtige Richter falsch entschieden hat, dann besitzt die Entscheidung des gegenwärtigen Richters überhaupt keine Autorität. Die Autorität der Vergangenheit über die Gegenwart wird in ihrem Namen von der

⁸⁰ Brandom, ebd., S. 367.

⁸¹ Brandom, ebd., S. 367.

⁸² Brandom, ebd., S. 367.

Zukunft wahrgenommen.”⁸³ Die Gegenwart unterwirft sich dem, indem sie durch ihre Begründung selbst Autorität werden will.

2. Der Holismus funktioniert horizontal

Nach der herkömmlichen Lehre müsste der Richter immer, wenn das Gesetz keine eindeutige Auskunft liefert, über die Prinzipien zur Sinneinheit des Rechts vorstoßen. Das ist ein holistischer Ansatz, der vertikal von der Sinneinheit des Systems her jede Einzelheit beherrschen will. Deswegen heißt die entsprechende Methode auch „vertikale Auslegung“⁸⁴. Sie soll den Richter vom bloßen Text ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen. Man findet statt dessen nur eine Vielzahl weiterer Normtexte auf derselben oder einer anderen Regelungsebene. Keine dieser Normen stellt die zentrale Steuerungseinheit oder den Gesamtsinn dar, sondern nur eine weitere mögliche Verknüpfung. Auf der Fahrt nach innen geht es den Juristen wie dem Neurowissenschaftler, der statt des gesuchten Zentral-Ichs nur eine Vielzahl von homunculi findet.⁸⁵ Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt wieder im Äußeren landet.

Der Weg „in die Tiefe“ des Rechts mündet also ins Nirgendwo. Deswegen bleibt den Gerichten gar nichts anderes übrig, als die Rechtssätze horizontal zu vernetzen. Der Kontext einer Bedeutung muss immer neu beschrieben werden. Die Einheit des Rechts ist kein fester Punkt, den man erreichen könnte. Sie liegt vielmehr auf der Fluchtlinie ständig neuer Beschreibungen. Diese Fluchtlinie ist auch nicht Gegenstand einfacher Beobachtung. Sie wird nur dann sichtbar, wenn man die Beobachter beobachtet. Das Heranziehen des Kontextes führt damit nicht zur Sinnmitte des Rechts, sondern in die Beobachtung zweiter Ordnung. Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Praxis der Gerichte. Gerichte greifen häufig auf eigene Entscheidungen zurück, wenn sie einen Fall lösen. Dieser empirisch gut bestätigte Vorgang nimmt sogar zu. Es ist mittlerweile über Inhaltsanalysen von Gerichtsurteilen empirisch nachgewiesen, dass der Bezug auf die eigene Rechtsprechung in der Arbeit der Gerichte eine wichtige Rolle spielt: Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird etwa in den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 insgesamt 1199-mal verwendet und damit zehnmal so häufig wie die Systematik des Gesetzes.⁸⁶ In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt: die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung.

⁸³ *Brandom*, ebd., S. 380.

⁸⁴ *Albert Bleckmann*, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: ders., Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff., 44.

⁸⁵ Vgl. zu dieser Bewegung der Ersetzung einer Zentralinstanz durch viele Einzelinstanzen *Daniel C. Dennett*, Wo bin ich? in: *Douglas R. Hofstadter/Daniel C. Dennett* (Hrsg.), *Einsicht ins Ich*. 5. Aufl., Stuttgart 2002, S. 209 ff. Siehe auch *David H. Sanford*, *Wo war ich?*, ebd., S. 224 ff.

⁸⁶ Vgl. *Mariele Dederichs*, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004, S. 106.

Auf die herkömmliche Lehre muss dies verstörend wirken. Recht kommt aus dem Gesetz. Es liegt nicht in den Händen der Richter, so weise sie auch sein mögen. An das Gesetz haben sie sich zu halten und nicht an das, was sie selbst daraus gemacht haben. Die aus dem Normtext gezogene Entscheidung soll demnach allenfalls Ergebnis einer Rechtserkenntnis sein und nicht etwa deren Mittel. Hinter dieser Delegitimierung der Verwendung der eigenen Rechtsprechung steckt natürlich jene überholte Lehre von der „Auslegung“, die meint, diesen Begriff wörtlich nehmen zu sollen⁸⁷. Die Entscheidung muss aus dem Behälter des Gesetzes herausgezogen oder ausgelegt werden. Die Gesetzesbindung ist eine Steuerung durch den Normtext statt eine Zurechnung an den Normtext.⁸⁸ Von daher verwundert es nicht, dass dem Verweis auf frühere Rechtsprechung als Argumentationsform in der Methodik der Gerichte von der Literatur bislang wenig Beachtung geschenkt worden ist. Auch die neueren Arbeiten setzen sich mit dieser Thematik kaum auseinander.⁸⁹ Schwerpunkt dieser Arbeiten ist vielmehr die Bedeutung der klassischen Auslegungscanones und die Reserveeontologie von Prinzipien und Rechtsbegriff.

Am Beispiel der Systematik zweiter Ordnung zeigt sich, dass wichtige Elemente der praktisch funktionierenden Gesetzesbindung in der herkömmlichen Theorie nicht vorkommen. Das ganze Verfahren und die darin vorgebrachten Argumente spielen keine Rolle. Alles wird auf die zwei Elemente von Richter und Gesetz reduziert und die Beziehung ist als monologische Erkenntnis einer vorgegebenen Bedeutung gefasst. Die starken Prämissen des Holismus verdecken hier die Notwendigkeit einer Analyse.

3. Der Holismus funktioniert ohne Ganzes

Wenn es Abwägung als Technik geben sollte, müsste sie sich als implizite Kompetenz im sprachlichen Handeln pragmatisch rekonstruieren lassen.

Vielleicht könnte man die gesuchte Technik in einer argumentativen Praxis finden. Ansatzpunkt könnte dabei die Pro- und Contra-Argumentation sein, wie sie sowohl im Recht, als auch in anderen Lebenszusammenhängen vorkommt. Soll zum Beispiel die Universität bei der Gestaltung der Abschlussprüfung mehr Spielraum erhalten? Das wäre die typische Situation einer Pro- und Contra-Argumentation. Man könnte sich das so vorstellen, dass zunächst alle Argu-

⁸⁷Zu deren Kritik hier nur *Ralph Christensen*, Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzessystematischen Textmodells, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierung der Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik, Berlin 1989, S. 27 ff.; sowie im Besonderen im Hinblick auf das Europarecht *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Band II: Europarecht, Berlin 2003.

⁸⁸Zu dieser Unterscheidung *Ralph Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung? Berlin 1989, S. 19.

⁸⁹Siehe *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt/M. u.a. 1997; *Carsten Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt/M. u.a. 1998; *Michael Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994.

mente, die dafür sprechen, und alle Argumente, die dagegen sprechen, gesammelt würden, dann gewichtet und schließlich das Ergebnis errechnet. Diese Vorstellung geht aber an der Realität von Argumentation und den Kompetenzen, die dabei entfaltet werden, vollkommen vorbei. Dies sieht man bei genauer Betrachtung von Argumentationsprozessen sofort. Für eine größere Gestaltungsfreiheit der Universität auch bei Staatsexamina könnte zunächst sprechen, dass den Lehrenden mehr Eigenverantwortung gegeben wird und sie dadurch mehr Freude an ihrem Beruf finden könnten. Gegen eine solche Autonomie kann vorgebracht werden, dass dann die Abschlüsse nur noch schwer vergleichbar sind. Mit einem Pro- und einem Contra-Argument steht es jetzt Eins zu Eins. Aber was dieses Ergebnis für das Ziel der Argumentation besagt, ist vollkommen ungewiss, denn die beiden Argumente sind auf vollkommen verschiedene Kontexte bezogen. Das erste Argument ordnet das Problem aus der Sicht eines Lehrenden, das zweite Argument ordnet das Problem aus der Sicht eines Personalchefs. Die beiden spielentscheidenden Tore sind also auf verschiedenen Spielfeldern erzielt worden. Eine Abwägung stößt also auf das Problem der Heterogenität der argumentationsgenerierenden Kontexte.

Man könnte nun auf dieses Problem reagieren, indem man das relative Gewicht der Kontexte fixiert und diese Gewichtung in die einzelnen Kontexte hinein fortsetzt. Dann ließe sich tatsächlich eine Wägevorgang durchführen. Aber wie soll man die Prioritäten bilden? Man ist geneigt, dabei an Fälle zu denken, wo diese Prioritätenbildung einmal gelingt. So mag man etwa Wissenschaft für wichtiger halten als Wirtschaft und innerhalb der Wissenschaft Grundlagenfragen für interessanter als Detailprobleme. Aber schon im engsten Freundeskreis wird es schwierig, über eine solche Prioritätenbildung Einigkeit zu erzielen. Also stoßen wir damit auf ein grundlegendes Problem des Versuchs, Argumentation mit dem Bild der Abwägung zu beschreiben. Diese grundsätzliche Schwierigkeit liegt in der quantitativen Metaphorik. In Argumentation geht es um Qualitäten. Sollen diese quantitativ untereinander verglichen werden, bräuchte man eine gemeinsame Qualität als Grundlage.

Die philosophische Argumentationstheorie hat in mehreren Diskussionsschritten auf dieses Problem reagiert. Zunächst wurde vorgeschlagen, die nicht einlösbare Gewichtsmetaphorik durch eine Kraftmetaphorik zu ersetzen⁹⁰ und die Pro-et-Contra-Debatte als eine Art Tauziehen aufzufassen. Damit kommt es schon eher auf die beteiligten Personen mit ihren Positionen und ihren Einfällen an. Dadurch entfernt man sich einen Schritt vom Scheinobjektivismus eines Abwägens von Gewichten. Weiterhin hat man versucht, die Struktur eines nicht-deduktiven Argumentationsmusters anhand holzschnittartiger Fälle zu erarbeiten, in denen eine Gewichtung unproblematisch möglich ist.⁹¹ Daran anschließend wurde vorgeschlagen Argumenten Ziffern zuzuordnen, die ein Er-

⁹⁰ Arne Naess, *Kommunikation und Argumentation*, Kronberg/Ts. 1975.

⁹¹ Trudy Govier, *A Practical Study of Argument*, Belmont/California 1991, Kap. 4. Vgl. zur Kritik Harald Wohlrapp, *Über nicht-deduktive Argumente*, in: Peter Klein (Hrsg.), *Praktische Logik*, Göttingen 1990, S. 217 ff.

rechnen der Folgerung ermöglichen sollten.⁹² Bei der Zuordnung von Zahlen zu Argumenten muss man allerdings intuitiv vorgehen, weil man dazu über keinen Maßstab verfügt. Dieser naive Versuch einer Anlehnung an die mathematische Entscheidungstheorie hat sich damit als willkürlich herausgestellt und ist mittlerweile aufgegeben.⁹³

Dort, wo die Rede von der Abwägung begründend ins Spiel gebracht wird, suggeriert das unterliegende Bild der Waage eine Rationalität, die gar nicht vorhanden ist. Wenn man eine Argumentation als Abwägung versteht, verwendet man eine quantitative Metaphorik. Aber in rechtlichen Argumenten geht es nun einmal meistens um Qualitäten. Sollen Argumente verglichen oder gar abgewogen werden, bräuchte man eine gemeinsame Qualität als Grundlage. Aber auch wenn man diese fände, wäre noch keine rationale Grundlage erreicht. Denn für eine Berechnung wäre ein subjektinvariantes, metrisches Prädikat der Form ‚Argument x wiegt n ‘ herzustellen. Dies scheitert aber an der Unterschiedlichkeit der Präferenzen zwischen den Subjekten und der Nichttransitivität der Präferenzrelationen innerhalb desselben Subjekts, vor allem aber der Gewichtsverschiedenheit der gleichen Argumente in verschiedenen argumentativen Kontexten. Abwägung kann damit kein eigenes Verfahren sein.

Die semantische Analyse hat ergeben, dass Abwägung verwendet wird als Bezeichnung für das Resultat einer Überlegung oder Argumentation. Dieser Sprachgebrauch ist auch legitim. Außerdem kann Abwägung als Bild verwendet werden für den Stand einer Argumentation und fordert dann dazu auf, die Argumente nach pro und contra zu sortieren. Insoweit ist das Bild der Abwägung eine Anregung für das Suchen und Ordnen von Argumenten. Sie ist aber keine Technik, weil Argumente eben kein spezifisches Gewicht haben oder in Geldwerten ausgedrückt werden könnten. Die Lösung des Problems ergibt sich nicht aus der Statik sondern aus der Dynamik der Argumentation. Hier werden von den Beteiligten die Gegenargumente integriert oder widerlegt. Nur dies ist eine von Argumentationstheorien juristischer Methodik zum gewissen Teil beschriebene Technik. Die Abwägung ist es dagegen nicht. In der Argumentation ist sie nicht das Bestimmende, sondern das Bestimmte. Sie stellt keine Technik dar, um zu einem Resultat zu gelangen, sondern ist nur das passiv von anderen Techniken oder Überlegungen Bestimmte. Die klassische Theorie verwendet Abwägung dagegen im Sinne einer kognitiven Technik, welche Überlegung und Argumentation ersetzen soll.⁹⁴ Man könnte diese Sprechweise ungrammatisch nennen. Aber natürlich hat diese

⁹² Wolfgang Schmidt-Faber, *Argument und Scheinargument*, München 1986 sowie Christian Luhmer, *Praktische Argumentationstheorie*, Braunschweig 1991. Grundlegende Kritik bei Harald Wohlrapp, *Heterogenität als argumentationstheoretisches Problem*, in: Harm Paschen/Lothar Wigger (Hrg.), *Schulautonomie als Entscheidungsproblem. Zur Abwägung heterogener Argumente*, Weinheim 1996, S. 43 ff.

⁹³ Harald Wohlrapp, *Heterogenität als argumentationstheoretisches Problem*, in: Harm Paschen/Lothar Wigger (Hrg.), *Schulautonomie als Entscheidungsproblem. Zur Abwägung heterogener Argumente*, Weinheim 1996, S. 45 ff.

⁹⁴ Siehe auch die Kritik bei Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin 1976, S. 17 ff.

Sprechweise in der Grammatik des Rechts doch eine wichtige Funktion: Es maskiert eine Entscheidung als Kognition und stellt sie unabhängig von der Argumentation im Verfahren. Das ist die Funktion der Abwägung als Ideologie. Sie entzieht die eigentliche Entscheidung den Legitimationszwängen und verbirgt sie hinter einer rhetorischen Fassade. Aber gleichzeitig macht sie Probleme der juristischen Argumentation sichtbar, die aus dem Kontext des obrigkeitstaatlichen Denkens herausgelöst werden müssen, um eine Lösung auf heutigem Komplexitätsniveau zu finden.

Wenn die bisher herrschende Selbstbeschreibung des Rechts zutreffend wäre, müsste die Begründung der Grundrechte und ihrer Drittwirkung in einem Hinweis auf eine vorgegebene Wertordnung des Grundgesetzes liegen. Tatsächlich wird diese Wertordnung aber in den Rechtsverfahren nicht diskutiert. Sie bildet höchstens die Abschlussformel einer vorherliegenden Argumentationsdynamik. Gestritten wird über den möglichen Ausgleich bei Kollision zwischen unterschiedlichen sozialen, humanen und natürlichen Logiken. Wir bewegen uns dogmatisch auf dem Gebiet der Verhältnismäßigkeit, und inhaltlich geht es um die Geltung der von beiden Seiten vorgebrachten Argumente. Die Wertordnung als Entscheidungsgröße würde entsprechend ihrer Herkunft eine phänomenologische Wesensschau voraussetzen. Die methodische Frage wäre dann, wie viel von der Entfaltungsdynamik eines sozialen Teilsystems kann man wegdenken, ohne dass das soziale Ganze in seiner Funktion zerstört wird.⁹⁵ Das Auftreten einer solchen Methode lässt sich in den Begründungen der Gerichte aber gerade nicht nachweisen. Stattdessen werden Sachargumente vorgebracht, vom Gegner widerlegt und in die je eigene Position integriert. Die Urteilsbegründung nimmt dieses Material durch explizit gemachte Bezugnahme und Nichtbezugnahme auf. Die Gerichte veranstalten keine gemeinsame Wesensschau. Sie moderieren vielmehr eine soziale Interaktion, bei der Argumente ausgetauscht werden. Trotzdem kommt die Figur der „Einheit der Rechtsordnung“ in Urteilen häufig vor. Dies liegt an der Unvermeidbarkeit des Holismus in der juristischen Semantik. Wenn man untersucht, wie diese gerichtlichen Texte funktionieren, zeigt sich, dass mit der Wendung ‚Einheit der Rechtsordnung‘ nicht unbedingt das gemeint ist, was uns die Wertungsjurisprudenz nahe bringen will. Dies liegt darin, dass Abwägung als praktische Technik nicht funktioniert und auch der Zugriff auf das Ganze seriös nicht möglich ist. Daher können die Gerichte das Problem der holis-

⁹⁵Das ist die klassische Operationalisierung der Wesensschau in der phänomenologischen Tradition. Es geht um eine Bedeutungsforschung, welche reale Tatsachen ausklammert, um so zu den Essenzen zu gelangen. Vgl. dazu *Michael Landmann*, Erkenntnis und Erlebnis, Phänomenologische Studien, Berlin 1951; *Adolf Reinach*, Was ist Phänomenologie?, München 1951. Zur Auswirkung dieser Methode in der Jurisprudenz vgl. *Arthur Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: *ders./Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann* (Hrg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 26 ff. (84 f.), m. w. N. Zur generellen Kritik dieser methodischen Figur vgl. *Wolfgang Fritz Haug*, Kritik des Absurdismus, Köln 1976, S. 100 ff. In der heutigen Phänomenologie ist man über diesen, in der Rechtswissenschaft rezipierten Stand hinaus. Vgl. dazu *Bernhard Waldenfels*, In den Netzen der Lebenswelt, Frankfurt am Main 1985, S. 15 ff. sowie speziell zum Problem Aufdecken oder Erfindung einer Ordnung: *ders.*, Ordnung im Zwielficht, Frankfurt am Main 1987, S. 137 ff. (167 ff.).

tischen Dimension juristischen Argumentierens weder epistemisch, noch vertikal handhaben.

Die Gerichte verwenden die "Einheit des Rechts, bzw. der Rechtsordnung" eher als Legitimationstitel und Überhöhung normaler juristischer Argumentationstechniken. Die Praxis verfolgt also das Ziel der Kohärenz: Die Gerichte wollen ihr Urteil ins Ganze der Rechtsordnung und die Kette bisheriger Entscheidungen harmonisch einfügen.⁹⁶ Die Kohärenz kann aber am Ganzen der Rechtsordnung nicht gemessen werden, weil dieses nicht verfügbar ist. Die Gerichte nehmen deswegen eine praktische Entparadoxierung vor, indem sie eine relative Kohärenz feststellen. Kohärenz ist kein Urmeter außerhalb der Argumentation, keine selbständige Größe. Sie besteht vielmehr in der Auseinandersetzung mit den ins Verfahren eingebrachten Beispielen.

⁹⁶Vgl. dazu grundlegend *Hans-Joachim Strauch*, Rechtsprechungstheorie. Richterliche Rechtsanwendung und Kohärenz, in: *Kent D. Lerch*, Die Sprache des Rechts, Band 2, Recht verhandeln, Berlin/New York 2005, S. 479 ff.