



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

**Christensen, Ralph: "Einheit der Verfassung und diskursive Gewaltenteilung" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 8.7.2020)**

All rights reserved.

### **Einheit der Verfassung und diskursive Gewaltenteilung**

Als 1979 das Buch „Einheit der Verfassung“ von Friedrich Müller erschien, blieb es zunächst ohne größere Auswirkung in der Fachwissenschaft. Es fehlte ihm damals der Resonanzboden. Die von ihm vollzogene Dekonstruktion des ganzheitlichen Rechtsbegriffs konnte nicht an eine entsprechende Debatte in der Philosophie und Rechtstheorie anschließen, denn die Texte von Derrida waren noch nicht einmal übersetzt. Auch der vorgeschlagene Übergang von einem starken zu einem schwachen Holismus konnte nicht an die Diskussion in der analytischen Philosophie anknüpfen, da deren pragmatische Wende gerade erst begonnen hatte. Nach fast 30 Jahren ist das Buch jetzt nicht mehr völlig ungleichzeitig und einige Anschlüsse lassen sich überblicken. Hier soll der Topos der diskursiven Gewaltenteilung hervorgehoben werden, der als implizite die Geschichte der Rechtstheorie im 20. Jahrhundert durchzieht und von Friedrich Müller in einer spezifischen Wendung ausgearbeitet wird.

## **1. Diskursive Gewaltenteilung**

Wenn man ein Satzsystem beschreibt, kann man unter dem Aspekt der Arbeits- oder Gewaltenteilung drei Komponenten unterscheiden.<sup>1</sup> Die einbeziehende Gewalt stellt die Frage, wie viele Sätze im System aufgenommen werden sollen.<sup>2</sup> Die ausschließende Gewalt stellt die Frage nach deren Verträglichkeit<sup>3</sup> und die reflektierende Gewalt stellt die Frage, ob sich aus der Dialektik von Einschluss und Ausschluss ein Entwicklungsprozess ergibt.<sup>4</sup>

Im juristischen Satzsystem dienen die Grundrechte als einschließende Gewalt, denn sie erlauben die Produktion neuer Sätze und Verhaltensstrategien. Der ganzheitliche Topos der Einheit der Rechtsordnung fungiert dagegen als ausschließende Gewalt, an der die Verträglichkeit dieser Innovationen geprüft wird. Während die Grundrechte diese Varianz ermöglichen, dient der Ganzheitsgesichtspunkt der Selektion. Ob es eine Entwicklung gibt und damit eine reflektierende

---

<sup>1</sup>Vgl. dazu *Bruno Latour*, *Das Parlament der Dinge*, Frankfurt am Main 2001, S. 131 ff., zusammenfassend S. 302 ff.

<sup>2</sup>*Latour*, ebd., S. 140 ff.

<sup>3</sup>*Latour*, ebd., S. 148 ff.

<sup>4</sup>*Latour*, ebd., S. 251 ff.

Gewalt, hängt davon ab, ob das Verhältnis von Einschluss und Ausschluss stabil ist oder variiert. Wenn man die Einheit der Rechtsordnung sehr stark fasst, ist das Verhältnis von ausschließender und einschließender Gewalt schon vorentschieden und eine reflektierende Gewalt wäre überflüssig. Das Funktionieren der diskursiven Gewaltenteilung setzt voraus, dass die Form des Ganzen nicht schon semantisch entschieden ist. Deswegen führt die Grundrechtskollision zum Problem der holistischen Dimension juristischer Semantik.

Hier soll nicht bestritten werden, dass eine Semantik Bezug zum Ganzen braucht, also holistisch zu fassen ist. Bedeutung ist keine intrinsische Eigenschaft irgendwelcher Sprachelemente, sondern eine relationale Eigenschaft. Einen Satz zu verstehen, heißt eine Sprache zu verstehen. Aber es stellt sich die Frage, ob dabei das Ganze der Sprache als Grammatik verfügbar sein muss, oder ob sie nicht eher den Horizont für praktische Verständigungsprozesse bildet. Das erste wäre ein starker, das zweite wäre ein schwacher Begriff von Holismus.

Die entsprechende Diskussion hat in Linguistik und Sprachphilosophie zu Differenzierungen im Begriff des Ganzen geführt. Die Struktur eines holistischen Arguments<sup>5</sup> lässt sich mit zwei 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 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.

## 2. Einschließende und ausschließende Gewalt in der Rechtstheorie

Die Art, wie man das Verhältnis von einschließender und ausschließender Gewalt ordnet, kennzeichnet die in der deutschen Staatsrechtslehre vertretenen Positionen. Carl Schmitt glaubt nicht, dass das Recht gegenüber der einschließenden Gewalt der Grundrechte seine Einheit selbst garantieren kann. Diese Aufgabe wird in die Politik externalisiert. Smend dagegen will den Ausschließungsmechanismus in die Grundrechte selbst verlegen als immanenten Wertbezug. Damit erlegt er Ihnen die Bürde der Integration in den Staat als prozedurale Einheit auf.<sup>6</sup> Die reflektierende Gewalt fehlt bei beiden Denkern, weil sie die staatliche Einheit als Endzweck betrachten. Erst der Pluralismus lässt in der Konzeption

---

<sup>5</sup>Vgl. *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.

<sup>6</sup>Zu den Freiheitsrechten als Gesamtzweck und neuen Staatsethos vgl. schon *Rudolf Smend*, Bericht, AöR N.F. 13 (1927), S. 105.

von Kelsen jedenfalls den Ort der reflektierenden Gewalt erkennen.

### a. Trennung: Carl Schmitt

Die Grundrechte waren für die Weimarer Staatsrechtslehre zunächst eine Verlegenheit. Ihre Leistung war noch nicht diskutiert<sup>7</sup> und ihre objektive Seite noch kaum ausgeformt.<sup>8</sup> Sie boten daher Anlass für den so genannten Weimarer Methodenstreit,<sup>9</sup> worin sich Positivisten und Antipositivisten gegenüber standen.

Carl Schmitt gehörte zu den Gegnern des Positivismus. Er geht in seiner Verfassungslehre von einem fundamentalen Verteilungsmechanismus innerhalb des bürgerlichen Rechtsstaats aus. Danach steht eine unbegrenzte Freiheitssphäre des Individuums einer prinzipiell begrenzten Eingriffsmöglichkeit des Staates gegenüber.<sup>10</sup> Deswegen entsteht mit der Anerkennung der Grundrechte in der Verfassung das Risiko, dass auch im Staatsinneren das politische Universum durch ein Pluriversum ersetzt werden könnte.<sup>11</sup> Entgegen Smend glaubt er nicht, dass man innerhalb der Verteilungslogik des bürgerlichen Rechtsstaates die Grundrechte einer Steuerung durch Werte unterwerfen könnte.<sup>12</sup> Das Recht kann seine Einheit als Satzsystem nicht garantieren. Dies wird zur Aufgabe einer politischen Grundentscheidung. Er begründet dies mit seiner Einschätzung der Leistungsfähigkeit von Gesetz und juristischer Methodik. Bereits 1912 in 'Gesetz und Urteil' hatte Schmitt darum die Auflösung der klassischen Methoden der Gesetzesauslegung beschrieben und dagegen ein Modell der Emanzipation der richterlichen Entscheidung von der Norm gestellt.<sup>13</sup> Er wirft dort die Frage auf, welches normative Prinzip der modernen Rechtspraxis zugrunde liegt.

<sup>7</sup>Vgl. als Überblick über die Grundrechtsdiskussion in der Weimarer Zeit: *Carl-Hermann Ule*, Über die Auslegung der Grundrechte, in: AöR 60 (1932), S. 37 ff.

<sup>8</sup>Die 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 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.

<sup>9</sup>Diese 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.

<sup>10</sup>*Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 9. Aufl. Berlin 2003, S. 164.

<sup>11</sup>*Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 9. Aufl. Berlin 2003, S. 158.

<sup>12</sup>*Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 9. Aufl. Berlin 2003, S. 167.

<sup>13</sup>*Thomas Vesting*, Erosionen staatlicher Herrschaft. Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt, Archiv des öffentlichen Rechts 117 (1992), S. 4 ff. (31).

Aber er kann diese Frage nicht beantworten, weil ihm die erforderlichen Methoden fehlen. Der Sache nach geht es um eine normative Pragmatik. Gerade die Orientierung des Urteils am anderen Richter macht dies deutlich. Immerhin verweist Schmitt mit dem „anderen Richter“ auf die Sozialdimension des Rechtssinns. Die Dimension bleibt aber unbestimmt, weil er sich weigert, den Richter empirisch oder normativ teleologisch zu explizieren.<sup>14</sup> Wenn aber der andere Richter weder ein Ideal noch ein empirischer Durchschnitt ist, dann ist er eben nur ein leeres Blankett für die immer noch vermisste Theorie der Praxis. Deswegen findet man bei Schmitt zwar eine gute Kritik der herkömmlichen Fiktionen über die Einlösung der Gesetzesbindung. Aber weil er das Gesetz nur als subsumtionsbereiten Text versteht, kann er die tatsächlichen Bindungen der Praxis nicht auffinden und landet beim Vortrag des üblichen Rechtsquellenpotpourris. Die vage Anrufung aller möglichen bildungsbürgerlichen Sozialisationsinstanzen wie Naturrecht, Rechtsidee usw. kann natürlich konkrete Entscheidungen in keiner Weise erklären. Weil für konkrete sprachpragmatische Untersuchungen die Instrumente fehlen, landet er in einer Sackgasse, aus der er sich nur mit einem Gewaltstreich befreien kann. Rechtsentscheidungen konzipiert er in seiner späteren theoretischen Entwicklung als Willensakte, deren Inhaltsbestimmung normativ einer *creatio ex nihilo* entsprechen.<sup>15</sup> Rechtliche *auctoritas* verleihe nur die Dezision, entscheidend beim Entscheiden sind die Fragen „Quis iudicabit? Oder Quis interpretabitur?“<sup>16</sup> Auch wenn Schmitt noch in 'Gesetz und Urteil' die Funktion der Entscheidungsbegründung darin sah, dass diese eine 'Richtigkeitsüberprüfung' des Entschiedenen vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Rechtsbestimmtheit und nicht lediglich des Ergebnisses ermöglichen<sup>17</sup>, hebt Schmitt später deutlich die Disjunktion von Entscheiden und Begründen hervor.<sup>18</sup> Der Sinn einer Entscheidung sei, „nicht überwältigende Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels<sup>19</sup>.“

Schmitt verschiebt so das Grundproblem des Rechts von der Kommunikation und den Anschlusszusammenhängen zu der rein formalen Frage nach der letzten Entscheidungsinstanz. Darin geht auch das Souveränitätsproblem selbst auf, da Rechtsnormen letztlich nichts darüber auszusagen vermögen, wer das

<sup>14</sup>Vgl. dazu *Carl Schmitt, Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 79 ff. und durchgängig, auch S. 75, Fn. 1 mit der Abgrenzung zur Soziologie.

<sup>15</sup>Natürlich bezieht sich Carl Schmitt auf eine ganze Tradition. Vgl. zu dieser von Hobbes her zu strukturierenden Traditionslinie *Jakob Barion, Macht und Ethos im Recht*, Philosophisches Jahrbuch 59 (1949), S. 191 ff.; generell zum Argumentationsmuster dezisionistischer Theorien: *Eckard Bolsinger, Was ist Dezisionismus?: Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie*, Politische Vierteljahresschrift 39 (1998), S. 471 ff. Zur Einschätzung der methodischen Seite der Argumentation von Schmitt vgl. *Nikolaus Forgó, Politisch konkret: Die Pathogenese einer Methodologie*, Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat 2 (1995), S. 30 ff.

<sup>16</sup>*Carl Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938), Berlin 1982, S. 174; *ders.*, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles, 1923-1939, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 50 und S. 206.

<sup>17</sup>*Carl Schmitt, Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 82 ff.

<sup>18</sup>Siehe nur *Carl Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 3. Aufl., Berlin 1979, S. 41 ff.

<sup>19</sup>*Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung* (1931), 4. Aufl., Berlin 1996, S. 46.

Entscheidungsmonopol innehaben<sup>20</sup>. Schmitts Modell bleibt somit subjektivistisch, es setzt nicht auf kommunikative Operationen sondern auf Personen, auf Entscheider. Obwohl er an anderer Stelle durchaus zu recht die Fragmentierung gesellschaftlicher Anschlussbereiche konstatiert und Wirtschaft, Recht, Politik etc. als "relativ selbständige Sachgebiete" beschreibt<sup>21</sup>, verfällt er damit in eine isolationistische Subjekt-Text-Form und begeht auf diese Weise einen voluntaristischen Grundfehler, der das zirkuläre Verhältnis von Semantik und Gesellschaftsstruktur vernachlässigt und einen vertikalen Holismus impliziert. Dazu fügt sich, dass er das Politische als "die Möglichkeit eindeutiger, klarer Unterscheidungen"<sup>22</sup> definiert und als begriffslogisch nachfolgend in der Codierung von Freund/Feind zu personalisieren sucht.<sup>23</sup>

Er glaubt, dadurch alle Konfliktdynamik still stellen zu können. Erst dann sei die Grundlage für den Staat, *status*, gegeben: "Dieser status bedeutet die grundlegende und umfassende Einheit einer substantiellen, seinsmäßigen, wesentlich öffentlichen Ordnung [...] Dadurch bleibt er immer im Zusammenhang mit einem [...] statischen Ordnungsbegriff. Sobald sog. dynamische Vorstellungen irgendwelcher Art herrschend werden, verliert der Begriff seinen Sinn."<sup>24</sup> Das Recht als neuzeitliche Erfindung zur Einhegung totalisierender Macht usurpationen stört diese Statusbildung nur: "Erst der spezifisch liberale, rechtsstaatliche Bestandteil, der sich mit dem demokratischen Element einer Verfassung verbindet, führt dazu, die Macht des Staates in einem System von Kontrollen und Hemmungen zu mildern und abzuschwächen. Der Demokratie als politischer Form ist diese Tendenz nicht wesentlich, vielleicht sogar fremd."<sup>25</sup> Um zu einem wahren *status* zu gelangen, bedarf es keiner rechtlichen Behandlung gesellschaftliche Konflikte sondern des Hüterns und Wahrens politischer Einheit. Von daher ist Schmitts Intervention "Hüter der Verfassung" zu verstehen, die vom Reichspräsidenten verlangt, den "politischen Gesamtwillen des deutschen Volkes zu verbinden und eben dadurch als Hüter und Wahrer der verfassungsmäßigen Einheit und Ganzheit des deutschen Volkes zu handeln"<sup>26</sup> – "An Stelle des positivrechtlichen Verfassungsbegriffes schiebt sich die 'Einheit' als ein naturrechtliches Wunschideal"<sup>27</sup> kritisiert Hans Kelsen diese Konzeption<sup>28</sup> und trifft damit den Kern des Schmittianischen Holismus,

<sup>20</sup> Eckard Bolsinger, Was ist Dezisionismus?: Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie, Politische Vierteljahresschrift 39 (1998), S. 471 ff. (481).

<sup>21</sup> Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen (1932), 6. Aufl., Berlin 1996, S. 26.

<sup>22</sup> Schmitt, ebd., S. 11.

<sup>23</sup> I. d. S. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Politische Theorie und politische Theologie, in: Jacob Taubes (Hrg.), Religionstheorie und Politische Theologie. Band 1, 2. Aufl., München 1985, S. 16 ff.

<sup>24</sup> Carl Schmitt, Zu Friedrich Meineckes 'Idee der Staatsräson' (1926), in: ders., Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles, Berlin 1988, S. 45 ff. (51 f.).

<sup>25</sup> Carl Schmitt, Verfassungslehre (1928), 5. Aufl., Berlin 1970, S. 236 f.

<sup>26</sup> Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung (1931), 4. Aufl., Berlin 1996, S. 159.

<sup>27</sup> Hans Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Berlin 1931, S. 54.

<sup>28</sup> Zum Vergleich der Einheitskonzeptionen von Hans Kelsen, Gustav Radbruch und Carl Schmitt instruktiv: Henrique Ricardo Oetten, Der Sinn der Einheit im Recht, in: Andreas Göbel/Dirk van Laak/Ingeborg Villinger (Hrg.), Metamorphosen des Politischen. Grundfragen

der auf substantielle Homogenität, die Liquidation des Exkludierten<sup>29</sup> und eine Marginalisierung der Rolle des Rechts setzt. Schmitts Verfassung, das sind nicht, so präzisiert Kelsen seine wichtige Kritik, "die Organe und das Verfahren der Gesetzgebung sowie Stellung und Kompetenz der höchsten Vollzugsorgane regelnden Normen, das sind überhaupt keine Normen oder 'Gesetze'. 'Verfassung': das ist ein Zustand, der Zustand der 'Einheit' des deutschen Volkes."<sup>30</sup>

## b. Verschränkung: Rudolf Smend

Auch Rudolf Smend<sup>31</sup> 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."<sup>32</sup> Das Schattendasein der Grundrechte in der Weimarer Staatsrechtsdiskussion war zwar inzwischen durch erste Untersuchungen überwunden worden,<sup>33</sup> aber noch immer war ihre Sicht positivistisch geprägt.<sup>34</sup> 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 Willensverbandes."<sup>35</sup>

Genau so wie Carl Schmitt wendet er sich gegen den Liberalismus<sup>36</sup> und dessen politischer Einheitsbildung seit den 20er Jahren, Berlin 1995, S. 25 ff.

<sup>29</sup>Zu Schmitts substantieller Homogenität ausführlich: *Marcus Llanque*, Die Theorie politischer Einheitsbildung, in: *Andreas Göbel/Dirk van Laak/Ingeborg Villinger* (Hrg.), *Metamorphosen des Politischen. Grundfragen politischer Einheitsbildung seit den 20er Jahren*, Berlin 1995, S. 157 ff. (169); *Hasso Hofmann*, Legitimität gegen Legalität – Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, Neuwied 1964, S. 140 f.

<sup>30</sup>*Hans Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Berlin 1931, S. 54.

<sup>31</sup>Die 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.

<sup>32</sup>Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: *VVDStRL 4* (1927), S. 44 ff., 45.

<sup>33</sup>Vgl. 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.

<sup>34</sup>Vgl. 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.

<sup>35</sup>*Rudolf Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: *VVDStRL 4* (1927), S. 44 ff., 47.

<sup>36</sup>Vgl. dazu *Frieder Günter*, *Denken vom Staat her*, München 2004, S. 34, der darauf

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."<sup>37</sup> 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",<sup>38</sup> 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."<sup>39</sup>

Methodisch entwickelt Smend seinen Holismus aus dem Kontext von Problemen. Schon in seiner Dissertation gelingt es ihm zu zeigen, dass wortgleiche Normtexte in verschiedenen politischen Zusammenhängen zu einer unterschiedlichen Bedeutung führen.<sup>40</sup> 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 Allgemein-

---

hinweist, dass 1926 Schmitt und Smend noch ein gemeinsames Vorgehen auf der Staatsrechtlehretagung in Münster planen.

<sup>37</sup> *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (264).

<sup>38</sup> Berlin 1933.

<sup>39</sup> *Rudolf Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1927), S. 44 ff., 48.

<sup>40</sup> Vgl. 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* (Hrsg.), 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.

heiten stattfinden.<sup>41</sup> 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."<sup>42</sup> 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 50er Jahre hinein negativ konnotiert,<sup>43</sup> weil er alle Unterschiede vollkommen dem Ziel der herzustellenden Einheit unterordnet.

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 bestimmbare Bedeutung haben. Diese gegensätzlichen Anforderungen kann der Begriff nicht in sich aufheben. Er oszilliert<sup>44</sup> 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,

---

<sup>41</sup>Smend 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.

<sup>42</sup>Vgl. dazu *Rudolf Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (189).

<sup>43</sup>Vgl. 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.

<sup>44</sup>Vgl. dazu *Oliver Lepsius*, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, München 1994, S. 195 ff.



es kann also mit der Integrationswirkung keine Einzelfrage der Auslegung beantwortet werden.“<sup>45</sup> 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.

### c. Reflexion: Hans Kelsen

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"<sup>46</sup>. 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 mehr beinhalten, als das Gesetz beinhaltet"<sup>47</sup>. Damit wird die Recht-Fertigungsleistung der Rechtspraxis negiert.<sup>48</sup> Der Mittelweg zwischen der Fiktion einer vollständig determinierten Rechtsanwendung und einer bindungslosen Rechtsetzung soll dadurch gefunden werden, dass man im Wege einer äußeren, etwa stufenförmigen Zuordnung beide Bereiche miteinander kombiniert. Der von Kelsen mit der "generellen Norm" gleichgesetzte Normtext soll dabei eine Rahmenfunktion für die Erzeugung der sog. "individuellen Norm" haben: "Die Bestimmung des Rahmens ist nur die erste, notwendige und wichtige Stufe des rechtswissenschaftlichen Erkenntnisprozesses; ihm müssen sich weitere Stufen anschließen, die mit anderen sozialwissenschaftlichen Methoden diesen Prozeß fortsetzen"<sup>49</sup>. Kelsen definiert damit den Rahmen der Rechtserkenntnis, während die Rechtserzeugungswissenschaft ihren Gegenstand in den diesen Rahmen ausfüllenden

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 260.

<sup>47</sup> Adolf Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Hans Klecatsky u. a. (Hrg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Wien 1968, S. 1167 ff. (1178).

<sup>48</sup> Zur grundlegenden Kritik an dieser Negation vgl. schon Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964, S. 267 ff.

<sup>49</sup> Peter Römer, Hans Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation, in: Wolfgang Abendroth u. a., Ordnungsmacht, Frankfurt am Main 1981, S. 180 ff. (197). Römer arbeitet klar das Scheitern des Positivismus an der Rechtserzeugung heraus, ohne allerdings die Notwendigkeit eines nachpositivistischen Neuansatzes zuzugestehen.

”Willenselementen” findet.

In der Reinen Rechtslehre bleibt die Rahmenfunktion der Rechtsnorm<sup>50</sup> aber ein bloßes Bild. Es fehlt die rechtstheoretische und methodische Einlösung der Metapher von der Rechtsnorm als Rahmen der Rechtserzeugung. Natürlich hat Kelsen erkannt, dass seine Theorie weder zur Beschreibung noch zur theoretischen Anleitung der Praxis ausreicht. Aber er hat darin sogar eine Stärke gesehen: ”Da die Reine Rechtslehre nur eine Erkenntnis des gegebenen positiven Rechts, nicht aber eine Vorschrift für seine richtige Erzeugung ist, will sie weder eine Anweisung dafür geben, wie man gute Gesetze macht, noch auch Ratschläge erteilen, wie man aufgrund oder im Rahmen der Gesetze gute Entscheidungen und Verfügungen treffen kann”<sup>51</sup>. In dieser Äußerung wird eine Trennung zweier Bereiche deutlich: Einmal der wissenschaftliche Bereich bloßer Anwendung des vorgegebenen Rechts. Zum anderen der irrationale, wissenschaftlich nicht strukturierbare Vorgang der tatsächlichen Erzeugung oder Verwirklichung von Recht. Der im Rahmen des positivistischen Normverständnisses nicht erfassbare schöpferische Anteil praktischer Rechtsarbeit wird damit kurzerhand aus dem Bereich der Wissenschaft hinausgeworfen.

Wenn man die Praxis derart exkludiert hat, kann man zu einer Einheit der Rechtsordnung gelangen, die von wirklichen Problemen nicht mehr berührt wird. Die Einheit der Rechtsordnung findet sich damit auf dem Wege einer formalisierenden Reduktion.<sup>52</sup> Nach dieser kommt der Einheit der Rechtsordnung jene identitätsstiftende Rolle zu, welche wiederum umgekehrt durch die Grundnorm als dem letztlich einheitserzeugenden Moment gestiftet wird. ”Kann aufgrund einer solchen Analyse eine Grundnorm ermittelt werden, auf die als letzter Bezugspunkt eine Vielzahl von Rechtsnormen zurückleitbar sind, dann erhält auch die Aussage Sinn, dass eine bestimmte Rechtsordnung eine Einheit ist. Diese Einheit der Rechtsordnung bedeutet ein Axiom der Rechtsbearbeitung, eine Annahme, die getroffen werden muss, um eine Rechtsordnung identifizieren und sie von anderen Rechtsordnungen abgrenzen zu können.”<sup>53</sup>

Damit ist allerdings das Konzept einer Einheit der Rechtsordnung nicht nur in sich selbst geschlossen. Vielmehr wird es zu einer Hermetik getrieben, durch die es jeglichem Gehalt gegenüber gleichgültig wird. Es gelingt Kelsen, durch Formalisierung die Einheit der Rechtsordnung vor der Auflösung in die Semantik der Teile zu retten. Dafür zahlt sein Konzept aber einen hohen Preis. Es wird untauglich für die Funktion, widersprüchliche Lesarten wissenschaftlich

---

<sup>50</sup> *Peter Römer*, ebd., S. 199.

<sup>51</sup> *Hans Kelsen*, Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre, in: JW 1929, S. 1723 ff. (1726):

<sup>52</sup> Dazu hier *Friedrich Müller*, Reine Sprachlehre - Reine Rechtslehre - Aufgaben einer Theorie des Rechts. Notizen zu Kelsen und Wittgenstein, in: *ders.*, Essays zur Theorie von Recht und Verfassung, Berlin 1990, S. 98 ff.; auch mit Blick auf erstere als Problemhorizont für die Frage des Holismus.

<sup>53</sup> *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutung einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 199.

zu thematisieren. Kelsens Konzept kann von der Praxis nicht widerlegt werden. Aber es kann der Praxis auch nicht helfen. Das hat schon die Weimarer Staatsrechtslehre eingewendet.<sup>54</sup> Kelsen hat Recht, dass man das Problem des Holismus nicht epistemisch lösen kann. Aber normtheoretisch geht es auch nicht. Eine normtheoretische Antwort auf das Holismusproblem kann nur lauten, dass "alle Rechtsnormen auf den Geltungsbefehl der Verfassung oder gar einer Grundnorm zurückgeführt werden können."<sup>55</sup> Gewonnen ist damit aber nicht viel. Denn wenn es zum Schwur auf die praktische Konkretisierung kommt, stellt sich schnell heraus, dass "im Stufenbau der Rechtsordnung dem Recht auf jeder Stufe neue Inhalte hinzugefügt werden" und daher "der Vielfalt des positiven Rechts aus dem Gesichtspunkt der Einheit keine Grenzen gezogen (sind)."<sup>56</sup> Statt eine Antwort auf die Frage nach der Einheit der Rechtsordnung zu bekommen, ist man hier also wieder auf deren Reformulierung zurückgeworfen. Denn welches soll der überwölbende Gesichtspunkt sein, der jene sich fortschreibenden "Inhalte" zusammenhält oder gar zu einem in sich schlüssigen und geschlossenen Ganzen zusammenschmiedet? Eine mögliche Antwort im Rahmen der reinen Rechtslehre ist der Hinweis auf die Notwendigkeit Widersprüche zu vermeiden.<sup>57</sup> Aber damit ist die Diskussion einfach an den Ausgangspunkt zurückgekehrt. Nach dem Versuch, in der Einheit der Rechtsordnung eine theoretische Erkenntnisgrundlage zu gewinnen, steht man jetzt wieder vor der praktischen Notwendigkeit, widersprüchliche Lesarten zu diskutieren.

Immerhin ist aber mit der Konstruktion der Grundnorm etwas gewonnen. Denn die schwierige Einordnung der Grundnorm war immer ein theoretischer Stachel für Entwicklungen innerhalb der reinen Rechtslehre. In diesem Begriff kreuzen sich das neukantianische Motiv einer transzendental-logischen Bedingung für Rechtserkenntnis<sup>58</sup> und die anhand Vaihingers "Philosophie des Als-Ob" anschließende Lesart der Grundnorm als Fiktion.<sup>59</sup> Die Grundnorm als Fiktion ermöglicht eine juristische Metaphorologie und damit eine Beobachtung der von den Juristen bei der Widerspruchs-beseitigung produzierten Sätze. Carl Schmitt erlag deren Verführungskraft und setzte eine wirkliche Einheit des Rechts als notwendige Bedingung. Demgegenüber kann Kelsen von seiner Theorie aus den Umschlag von Sätzen in Ontologie beobachten. Man gewinnt durch Kelsen also einen Aussichtspunkt. Er markiert die für jede Rechtsordnung grundlegende Notwendigkeit, die Auflösung von Widersprüchen und damit das Verhältnis von einschließender und ausschließender Gewalt als Entwicklung zu beobachten. Es lässt sich von hier aus die Frage stellen, wohin die praktischen Entscheidungen

---

<sup>54</sup>Zur Darstellung *Baldus*, ebd., S. 162 ff.

<sup>55</sup>Vgl. *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2., neu bearbeitete Auflage, Köln etc. 2001, S. 429.

<sup>56</sup>*Röhl*, ebd., S. 429.

<sup>57</sup>Dazu auch *Röhl*, ebd., S. 429.

<sup>58</sup>Vgl. dazu *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 205.

<sup>59</sup>Vgl. dazu *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S. 206. Zum Fiktionsbegriff bei Vaihinger und zum Folgenden vgl. *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996, S. 18 ff. Zu Kelsens Anschluss an Vaihinger als angewandte juristische Metaphorologie ebd., S. 23 ff.

über den Einschluss und Ausschluss von Sätzen führen. Schließen sie den Horizont oder öffnen sie ihn? Dies wäre eine mögliche praktische Wendung der von Kelsen geführten Kritik an einem epistemischen und vertikalen Holismus. Eine praktische Alternative für traditionell-holistisches Argumentieren ist es noch nicht.

### 3. Der starke Holismus der herkömmlichen Lehre

Die Bedeutung der Grundrechte wird unter der Geltung des Grundgesetzes noch verstärkt, so dass die rechtstheoretischen Schulen auf dieses Problem zu reagieren hatten.

#### a. Die Formierung der Drittwirkungslehre

Heute situiert man die bundesdeutsche Staatsrechtslehre<sup>60</sup> von 1949 bis 1970 zwischen den Polen von Dezision und Integration.<sup>61</sup> Dabei blieb die Schmitt-Schule weiterhin dem traditionellen obrigkeitsstaatlichen Verständnis verhaftet,<sup>62</sup> während die Smend-Schule aufgrund verschiedener Faktoren eine aktive Anpassung an die "Westernisierung"<sup>63</sup> der Bundesrepublik vollziehen konnte.<sup>64</sup> Diese Faktoren liegen sicher in der Person Smends, der Atmosphäre

---

<sup>60</sup>Vgl. 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 Achern 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.

<sup>61</sup>So 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.

<sup>62</sup>Vgl. 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.

<sup>63</sup>Vgl. 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.

<sup>64</sup>Die 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

in seinen Göttinger Seminaren<sup>65</sup> 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 Staates und schließlich wurde das fiktive Gesamtsubjekt der Integration durch die wirklichen Akteure des Verfassungslebens ersetzt.

Als in den 50er Jahren Integration zum Modewort wurde<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> Auch das wertbezogene Denken gilt der Smend-Schule nur noch als zeitgemäße Einkleidung für die Entdeckung der objektiven Seite der Grundrechte.<sup>68</sup> 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 Vernünftigen- und Gerechtdenkenden"<sup>69</sup> 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,<sup>70</sup> so ist

---

bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: *Christoph Gusy*, Weimars langer Schatten – Weimar als Argument nach 1945, Baden-Baden 2003, S. 363 f. m. w. N.

<sup>65</sup>Vgl. dazu und zum Folgenden *Frieder Günter*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 159 ff.

<sup>66</sup>Vgl. dazu *Frieder Günter*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 188, Fn. 547 m. w. N.

<sup>67</sup>Vgl. 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 missverstanden, 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."

<sup>68</sup>Vgl. 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.

<sup>69</sup>Vgl. dazu *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff. (71).

<sup>70</sup>Vgl. dazu *Horst Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, S. 95 f.; *Ulrich*

die Verfassung immer noch als eine Einheit und ein widerspruchsfreies Ganzes aufgefasst.<sup>71</sup> 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 'Einheit der Verfassung' war die einzelne Norm nicht isoliert zu betrachten, sondern in den Sinnzusammenhang der Verfassung zu stellen."<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup> 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.

## b. Die Abwägung aus dem Ganzen

Die in den 50er Jahren entwickelte Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht setzt holistisch an und operationalisiert den Holismus mit Hilfe der aus der Philosophie importierten Kategorie der Totalität. Die Rechtsordnung wurde bei der Begründung der Drittwirkungslehre als Wertpyramide<sup>74</sup> oder Wertrangordnung<sup>75</sup> angesehen, an deren Spitze die Grundrechte und Art. 1 GG stehen.<sup>76</sup> Von dieser Spitze her lassen sich dann Konflikte zwischen einzelnen Elementen entscheiden. Das ist eine starke Form des holistischen Arguments. Die Bedeutung liegt danach allein beim Ganzen und nicht etwa im reflexiv erweiterten Horizont des Einzelnen. Das Konzept geht davon aus, dass man das

---

*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.

<sup>71</sup>Vgl. 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.

<sup>72</sup>*Frieder Günter*, Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Devisen 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.).

<sup>73</sup>*Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979.

<sup>74</sup>*Wolfgang Graf Vitzthum*, Zurück zum klassischen Menschenwürdebegriff!, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 349 ff. (351).

<sup>75</sup>BVerfGE (Lüth) 7, 198 ff. (204 ff.).

<sup>76</sup>Von Menschenwürde als oberstem Wert in der verfassungsrechtlichen Wertordnung spricht auch BVerfGE (KPD-Verbot) 5, 85 ff. (204 f.); (Elfes) 6, 32 ff. (41); (Kriegsdienstverweigerung) 12, 45 ff. (53); (Mikrozensus) 27, 1 ff. (6); *Günter Dürig*, Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), S. 117 ff. spricht von Art. 1 als Fundamentalnorm des Wertsystems.

einzelne Recht vertikal ins Ganze der Rechtsordnung einfügt. Das Ganze ist dabei bestimmbar und beherrschbar und man kann von der Sinnmitte einer geordneten Totalität her dem einzelnen Anspruch seinen Platz zuteilen.

Die Drittwirkung der Grundrechte wird in diesem Rahmen folgendermaßen hergeleitet: Die Grundrechte haben einen Doppelcharakter. Sie sind erstens in ihrer ganzen Bandbreite subjektive Rechte und zweitens in ihrem Kernbereich objektive Wertentscheidungen. Als subjektive Rechte gelten sie im Zivilrecht nicht. Aber mit ihrem Kern der objektiven Wertentscheidung gelten sie im Rahmen der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln. An dieser, auch immer wieder von den Gerichten zitierten Formel, stimmt nichts. Die Grundrechte gelten nicht nur als Werte, sondern man kann sie im Rahmen der Verfassungsbeschwerde als Rechte durchsetzen. Dabei werden sie von den Gerichten nicht nur in ihrem Kernbereich, sondern in ihrer ganzen Bandbreite angewendet. Diese Anwendung vollzieht sich auch nicht nur im Rahmen der so genannten Generalklauseln, sondern generell im Rahmen der systematischen Auslegung des Zivilrechts. Und schließlich fungieren die Grundrechte sogar unter bestimmten Umständen im Zivilrecht als Anspruchsgrundlage. Das heißt im Ergebnis, dass die Selbstbeschreibung des Rechtssystems weit hinter der Praxis der Gerichte zurückbleibt. Wenn man diesen Abstand verringern will, muss man zunächst nach den Ursachen fragen. Dabei zeigt sich, dass die Abwägung als zentrales Theorem zur Erfassung von Grundrechtskollisionen nicht geeignet ist. Die Skalierung setzt ein homogenes Medium voraus, um Presse oder Kunst mit den Belangen eines Gewerbebetriebs vergleichen zu können. Dieses Medium soll das Ganze des Rechts sein, welches die Verschiedenheit der Rechtsgüter aufhebt. Aber das Ganze verschwindet, wenn man es beansprucht.

### c. Das Beispiel der Lüth-Entscheidung

Die Lüth-Entscheidung gilt nicht nur als berühmteste,<sup>77</sup> sondern auch als bedeutendste Entscheidung der deutschen Grundrechtsjudikatur.<sup>78</sup> Das Urteil ist Anfang und Ende zugleich.<sup>79</sup> Es beendet den expliziten Bezug des Bundesver-

<sup>77</sup>Thomas Henne, "Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren", in: *ders./Arne Riedlinger* (Hrg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005, S. 199 ff.

<sup>78</sup>Vgl. dazu *Thomas Henne/Arne Riedlinger*, *Zur Historisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Ein Programm und seine Folgen*, in: *dies.* (Hrg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht*, Berlin 2005, S. 1 ff. (2); Dieter Grimm, Mitglied des 1. Senats von 1987–1999, stellt diese Entscheidung ins Zentrum seines Vortrags zum 50. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts: Vgl. *Dieter Grimm*, *Die Karriere eines Boykottaufrufs. Wie ein Drehbuchautor Rechtsgeschichte machte. Zum 50. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Die Zeit*, 27.09.2001, S. 11; Jutta Limbach hält diese Entscheidung für eine der großen Leitentscheidungen des Gerichts: *Jutta Limbach*, *Verkehrsrecht in guter Verfassung?*, in: *NZV* 2001, S. 97 ff. (98); vgl. in diesem Sinne auch *Dieter Grimm*, *Das Grundgesetz nach 40 Jahren*, in: *NJW* 1989, S. 1305 ff. (1308, Fn. 17); nach Friedhelm Hufen findet man in diesem Urteil die "wohl auswirkungsreichsten Formulierungen" in einem Bundesverfassungsgerichts-Urteil; vgl. dazu *Friedhelm Hufen*, *Entstehung und Entwicklung der Grundrechte*, in: *NJW* 1999, S. 1504 ff. (1507).

<sup>79</sup>Vgl. dazu *Stefan Ruppert*, *Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends*, in: *Thomas Henne/Anne Riedlinger* (Hrg.), *Das Lüth-Urteil aus rechtshistorischer*

fassungsgerichts auf die zeitgenössische Wertphilosophie, indem sie die Wertordnung mit Verfassungsimmanenz belegt. Mit der Lüth-Entscheidung beginnt die Ausarbeitung der objektiv rechtlichen Seite der Grundrechte. Der Bezug auf die Wertphilosophie, wie sie von Max Scheler und Nicolai Hartmann zu dieser Zeit noch vertreten wurde,<sup>80</sup> ist für eine Gerichtsentscheidung ungewöhnlich. Denn das Gericht macht sich damit scheinbar abhängig von einer philosophischen Zeitströmung. Um die Tragweite dieses Bezugs zu erfassen, muss man beachten, dass die entsprechende Argumentation des Gerichts in der Zulässigkeitsprüfung und dort bei der Antragsbefugnis erfolgt.<sup>81</sup> Hier ist nach der so genannten Möglichkeitstheorie darzulegen, dass eine Grundrechtsverletzung im Privatrechtsverkehr überhaupt möglich und nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Ausgangspunkt der Überlegung des Gerichts ist die Feststellung, dass die Grundrechte primär Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind.<sup>82</sup> Dies wird mit einem subjektiv teleologischen Argument aus der Geschichte begründet.<sup>83</sup> Der nächste Schritt wäre jetzt, diesen Schutzzweck zu erweitern. Dies müsste mit Hilfe der Systematik geschehen oder eventuell mit dem Argument, dass eine Veränderung der tatsächlichen Situation eine Erweiterung des Schutzzwecks erfordere. So wird das Gericht später bei der Rundfunkfreiheit argumentieren.<sup>84</sup> Diesen Weg gehen die Richter in der Lüth-Entscheidung allerdings nicht. Sie beziehen sich vielmehr auf den Wertbegriff.

Der Bezug des Gerichts auf Werte wird häufig zur Theorie überhöht. Diese kann man dann darstellen, diskutieren und widerlegen. Es entsteht der Anschein, als werde Rechtstheorie betrieben, wobei gerade die praktische Dimension in der Arbeit der Gerichte übersehen wird. Der vorschnelle Absprung in die Philosophie kann vermieden werden, wenn man zunächst die historische Semantik des Wertbegriffs ins Auge fasst. Die 50er Jahre waren noch Teil einer Wendesituation, die nach einer neuen geistigen Orientierung verlangte.<sup>85</sup> Das Bundesverfassungsgericht ist insoweit Beispiel für ein Gericht, "das nach einer Wende von einem diktatorischen oder autoritären Regime zur Demokratie Motor der neuen Ordnung geworden ist."<sup>86</sup> Das Stichwort "Wertordnung" verspricht in dieser Lage nicht nur Akzeptanz, sondern auch Stabilität. Zudem signalisierte es ein Lernen aus der Geschichte, denn die freie Persönlichkeit als Höchstwert hebt sich gerade von dem Hintergrund der menschenverachtenden

---

Sicht, Berlin 2005, S. 327 ff. (346).

<sup>80</sup>Vgl. dazu *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte – Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover 1993, S. 18 ff.

<sup>81</sup>BVerfGE 7, 198 ff. (205).

<sup>82</sup>BVerfGE 7, 198 ff., (204).

<sup>83</sup>BVerfGE 7, 198 ff., (204 f.).

<sup>84</sup>Vgl. dazu *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 41.

<sup>85</sup>Vgl. dazu *Rainer Wahl*, Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 371 ff. (380) sowie *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 7.

<sup>86</sup>*Rainer Wahl*, ebd., S. 384.



Praxis des totalitären Regimes<sup>87</sup> ab. Zudem konnte man es als Konsequenz und Verarbeitung der Weimarer Republik<sup>88</sup> verstehen, dass deren Wertrelativismus jetzt durch eine Wertbejahung ersetzt werde.<sup>89</sup> Insbesondere die Grundrechte boten sich für diesen Wertbezug an, weil eine der wesentlichen Kritikpunkte an der Weimarer Reichsverfassung deren Leerlaufen war. Das Verfassungsgericht hat diesen Gedanken in der Elfes-Entscheidung selbst aufgenommen.<sup>90</sup> In der Weimarer Diskussion war es vor allem Rudolf Smend, der gegen die herrschende Lehre des Positivismus die Grundrechte zum Wertsystem erhoben hatte.<sup>91</sup> Der Name Smends ist ein wichtiger Bezugspunkt in den Schriftsätzen von Arndt und Hennis, taucht allerdings im Text des Urteils selbst nicht auf.<sup>92</sup> Der Gedanke der Grundrechte als Wertordnung musste auch nicht explizit zugeordnet werden, weil er auf der Hand lag.<sup>93</sup> Zum Teil wird der Bezug des Lüth-Urteils auf Smend für sehr stark gehalten: "Das Bundesverfassungsgericht übernimmt seine wertebezogene Grundrechtsinterpretation – ein Textvergleich macht es augenfällig – von Smend."<sup>94</sup> Zum Teil wird aber auch differenziert: "Ein semantischer Vergleich zeigt deutlich Nähe und Distanz zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends. Nähe in der Orientierung an den Grundrechten als Werten, Distanz in der Umkehrung der Rangfolge der Grundrechtsfunktionen."<sup>95</sup> Denn das Bun-

<sup>87</sup>Vgl. dazu *Wolfgang Graf Vitzthum*, Zurück zum klassischen Menschenwürdebegriff!, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 349 ff. Für Günter Dürig war die Wendung gegen die von Larenz entwickelte Lehre der konkreten Rechtsfähigkeit, welche den Rassenfremden nur eine beschränkte Rechtsfähigkeit zubilligte und sie somit aus der Rechtsordnung ausgrenzte, eines der Negativbilder, die seine Auffassung prägten. Vgl. dazu *Vitzthum*, ebd., S. 356.

<sup>88</sup>Hierzu grundsätzlich *Oliver Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: *Christoph Gusy*, Weimars lange Schatten – Weimar als Argument nach 1945, Baden-Baden 2003, S. 395 ff.

<sup>89</sup>Vgl. dazu *Thorsten Hollstein*: Um der Freiheit willen – Die Konzeption der Grundrechte bei Hans Carl Nipperdey in den 1950er Jahren, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 249 ff. (259); *Michael Stolleis*, Die Staatsrechtslehre der 50er Jahre, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 293 ff. (297). Zum Lernen aus Weimar auch *Thomas Henne*, "Von 0 auf 'Lüth in 6 1/2 Jahren", in: *ders./Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 197 (208).

<sup>90</sup>Vgl. BVerfGE 6, 32 ff. (40).

<sup>91</sup>*Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (264 f.).

<sup>92</sup>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. 327 ff. (342) sowie *Wilhelm Hennis*, Lüth – und anderes, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 187 (193).

<sup>93</sup>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. 327 ff. (343).

<sup>94</sup>Vgl. *Ilse Staff*, Das Lüth-Urteil. Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 315 ff. (318). Vgl. zur Einschätzung des Nachweises von Smend auch *Oliver Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: *Christoph Gusy*, Weimars lange Schatten – Weimar als Argument nach 1945, Baden-Baden 2003, S. 363 f. m. w. N.

<sup>95</sup>*Stefan Ruppert*, Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends, in:

desverfassungsgericht hält die Abwehrfunktion der Grundrechte für vorrangig und zentral. Die angesprochene Nähe des Urteils zu Smend wird man in der holistischen Öffnung der Argumentation unter dem Titel "Werte" sehen müssen. Deren konkrete Ausformulierung dagegen zeigt die Distanz zu Smend und erfolgt über andere Bezugspunkte.

Konkret geht es um die Frage, wie der über Werte begründete holistische Bezug des Privatrechts zu fassen ist. Hierzu findet sich im Lüth-Urteil folgender Passus: "Die grundsätzliche Frage, ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken und wie diese Wirkung im Einzelnen gedacht werden müsse, ist umstritten [...]. Die äußersten Positionen in diesem Streit liegen einerseits in der These, dass die Grundrechte ausschließlich gegen den Staat gerichtet seien, andererseits in der Auffassung, dass die Grundrechte oder doch einige, und jedenfalls die wichtigsten von ihnen, auch im Privatrechtsverkehr gegen jedermann gelten. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann weder für die eine noch für die andere dieser extremen Auffassung in Anspruch genommen werden; die Folgerung, die das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 10. Mai 1957 – NJW 1957, S. 1688 – aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 17. und 23. Januar 1957 (BVerfGE 6, 55 und 6, 84) in dieser Hinsicht zieht, gehen zu weit."<sup>96</sup> Diese Äußerung wird in der Literatur häufig überinterpretiert. Das Bundesverfassungsgericht hat die von Nipperdey verfochtene These der unmittelbaren Drittwirkung nicht verworfen.<sup>97</sup> Denn es fügt hinzu: "Auch jetzt besteht kein Anlass, die Streitfrage der so genannten 'Drittwirkung der Grundrechte in vollem Umfang zu erörtern."<sup>98</sup> Das Gericht lehnt natürlich die Theorie von der reinen Staatsgerichtlichkeit der Grundrechte ab. Aber die Frage, ob die Drittwirkung unmittelbar oder mittelbar erfolgte, kann es offen lassen, weil im vorliegenden Fall die mittelbare Drittwirkung zur Problembewältigung ausreicht. Daraus eine "Zwiesprache des Gerichts mit Günther Dürig"<sup>99</sup> zu machen, würde dessen Rolle überschätzen.<sup>100</sup> Denn Dürig hat eine sehr viel spezifischere Auffassung der Wertphilosophie als das Gericht. Er geht nicht nur von einer Wertpyramide aus, an deren Spitze die Menschenwürde steht,<sup>101</sup> son-

*Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005, S. 327 ff. (345).

<sup>96</sup>BVerfGE 7, 198 ff. (204).

<sup>97</sup>*Thomas Henne*, "Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren", in: *ders./Arne Riedlinger* (Hrg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005, S. 197 ff. (219).

<sup>98</sup>BVerfGE 7, 198 ff. (204).

<sup>99</sup>*Thomas Henne*, "Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren", in: *ders./Arne Riedlinger* (Hrg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005, S. 197 ff. (214) mit Bezug auf *Walter Schmidt*, *Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland*, in: *Dieter Simon* (Hrg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt am Main 1994, S. 188 ff. (196, Fn. 25).

<sup>100</sup>Natürlich hatte Günter Dürig einen großen Einfluss auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so etwa bei dessen Übernahme der Objektformel im Rahmen des Art. 1 (vgl. dazu *Thomas Henne*, "Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren", in: *ders./Arne Riedlinger* (Hrg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005, S. 197 ff. (214), m. w. N. in Fn. 85, aber gerade das Lüth-Urteil wäre dafür nicht das beste Beispiel.

<sup>101</sup>*Thorsten Hollstein*, *Um der Freiheit willen – Die Konzeption der Grundrechte bei Hans Carl Nipperdey in den 1950er Jahren*, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), *Das Lüth-*

dern vor allem von einer abstrakten Wertordnung.<sup>102</sup> Eine abstrakte Rangordnung der Werte wurde auch im Rahmen der philosophischen Werttheorie von Hartmann und Scheler vertreten, die jedoch unterschiedliche Wertrangfolgen entwickelt hatten.<sup>103</sup> Von einer solchen abstrakten Rangfolge geht aber weder die Verfassung noch das Gericht aus. Zwar findet sich im Lüth-Urteil folgende Formulierung: "Innerhalb dieser Wertordnung, die zugleich eine Wertrangordnung ist, muss auch die hier erforderliche Abwägung zwischen dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und den seine Ausübung beschränkenden Rechten und Rechtsgütern vorgenommen werden."<sup>104</sup> Aber dieses abstrakte Bekenntnis zu einer Wertrangordnung hat keine argumentativen Konsequenzen. Vielmehr fährt das Gericht fort: "Für die Entscheidung der Frage, ob eine Aufforderung zum Boykott nach diesen Maßstäben sittenwidrig ist, sind zunächst Motive, Ziele und Zwecke der Äußerung zu prüfen; ferner kommt es darauf an, ob der Beschwerdeführer bei der Verfolgung seiner Ziele das Maß der nach den Umständen notwendigen und angemessenen Beeinträchtigung der Interessen Harlans und der Filmgesellschaft nicht überschritten hat."<sup>105</sup> Auch im Folgenden wird die Wertrangordnung nie Argument, sondern es werden nur konkrete Umstände herangezogen. Die Entscheidung über die Gültigkeit der vorgetragenen Argumente hängt also gerade nicht von einer Wertrangordnung ab. Mittlerweile konnte die Forschung auch nachweisen, dass sich das Gericht nicht auf diese philosophische Grundrichtung festlegen wollte.<sup>106</sup> Bei ausführlicher Lektüre zeigt sich, dass das Gericht trotz terminologischer Anleihen bei der philosophischen Werttheorie die eigentlichen Grundlagen nie ausdrücklich rezipiert hat.<sup>107</sup> Die Werte waren nur Geburtshelfer für die Entwicklung der objektiven Dimension der Grundrechte.<sup>108</sup> Man muss also die zeitbedingte Einkleidung von der

---

Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 249 ff. (261), m. w. N.; vgl. dazu noch den Aufsatz von *Wolfgang Graf Vitzthum*, Zurück zum klassischen Menschenwürdebegriff!, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 349 ff., der vor allem den Bezug der Menschenwürde zu Kant entwickelt, S. 357 ff. sowie das seiner Ansicht nach nicht beherrschende christliche Motiv, S. 363 ff.

<sup>102</sup>Vgl. dazu *Hans Heinrich Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101 (1976), S. 161 ff. (170). Diese abstrakte Rangordnung wird auch vertreten von Nipperdey: Vgl. dazu *Hans Carl Nipperdey*, Die Würde des Menschen, Kommentierung des Art. 1 Abs. 1 GG, in: *Otto Bachof* (Hrg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 2, Berlin 1954, S. 1 ff. (23) sowie *ders.*, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, in: Deutsche Rechtszeitschrift 5 (1950), S. 193 ff. (196).

<sup>103</sup>Vgl. dazu *Hans-Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg 1981, S. 64. Die Unterstellung einer abstrakten Wertrangordnung bei Dürig wird relativiert von *Wolfgang Graf Vitzthum*, Zurück zum klassischen Menschenwürdebegriff!, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 349 ff. (353).

<sup>104</sup>BVerfGE 7, 198 ff. (215).

<sup>105</sup>BVerfGE 7, 198 ff. (216).

<sup>106</sup>Vgl. dazu *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte – Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover 1993, S. 21 ff. Zu den mittlerweile häufig dargestellten Argumenten gegen die materielle Wertphilosophie selbst vgl. *Dreier*, ebd., S. 18 ff.

<sup>107</sup>Vgl. dazu *Dreier*, ebd., S. 22.

<sup>108</sup>Vgl. dazu grundlegend *Dreier*, ebd., sowie *Rainer Wahl*, Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 371 ff. (381).

inhaltlichen Argumentation des Gerichts unterscheiden.

#### 4. Der schwache Holismus der Strukturierenden Rechtslehre

Die Divergenz von zeitbedingter Einkleidung und praktischer Argumentation in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts war die theoretische Herausforderung für den Beginn der Arbeit von Friedrich Müller. Die Analyse des dem juristischen Handeln impliziten Wissens war von Anfang an kennzeichnend für den Ansatz der Strukturierenden Rechtslehre. Die Vorgehensweise entsprach dabei dem der Linguistik. Wenn man die Sprache verstehen will, kann man den Sprecher nicht einfach fragen. Was Sprecher als Wissen verfügbar haben, bleibt hinter ihrem Können weit zurück. Man muss vielmehr Sprecher bei ihrem praktischen Tun beobachten, das Tonband laufen lassen und protokollieren. Genau so ist es mit den Juristen. Wenn man einen Richter fragt, was er tut, liefert er eine verkürzte Darstellung dessen, was er in einer Grundlagenvorlesung einmal gehört hat. Er fügt dann noch einige zynische Distanzierungen hinzu, ohne allerdings sein eigenes Können vollständig formulieren zu können. So erfährt man nichts. Man muss vielmehr die Texte der Gerichte analysieren, und zwar nicht darauf, was sie in ihrer Selbstbeschreibung sagen, sondern darauf, was sie praktisch in ihren Verknüpfungen tun. Ein Stück dieser Theorie der Praxis hat Friedrich Müller in der Strukturierenden Rechtslehre und den zwei Bänden der Juristischen Methodik sichtbar gemacht. Seine Analysen zeichnen die Konturen eines unverzichtbaren aber schwachen Holismus in der semantischen Praxis der Gerichte.

##### a. Der Holismus funktioniert praktisch

Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Drittwirkung nimmt die entsprechenden Urteile als Theorie wahr. So werden etwa an den Drittwirkungsurteilen die drei Schichten von Dogmatik, Drittwirkung und Grundrechtstheorie unterschieden, um dann hinzuzufügen: "Für die mittel- und langfristige rechtsgeschichtliche Wirkung des Urteils ist aber vor allem die dritte Schicht von herausragender Bedeutung. Denn dort ist das wirklich Neue und Einzigartige des Lüth-Urteils und der Lüth-Rechtsprechung enthalten. Die beiden anderen Problemkreise sind auch nahezu allen anderen Rechtsordnungen bekannt."<sup>109</sup> Aus der juristischen Entdeckung einer Theorie macht man dann ein Markenzeichen des deutschen Staatsrechts, eine Denkfigur mit der stärksten Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen. Am Ende muss man allerdings feststellen, dass die eben konstituierte Theorie überkomplex ist und wohl kaum zum Export geeignet.<sup>110</sup> Der rechtsvergleichende Blick ins Ausland hatte gezeigt, dass die entsprechenden Konflikte in anderen Recht-

<sup>109</sup> *Rainer Wahl*, Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005, S. 371 ff. (371 f.).

<sup>110</sup> *Wahl*, ebd., S. 396.

sordnungen "nahezu" genauso gelöst werden, ohne den "deutschen Sonderweg" einer hochkomplexen Theorie.<sup>111</sup> Dort wird die objektiv-rechtliche Seite der Grundrechte in fallweisen Einzelentscheidungen entwickelt, die sich als ein Case-Law-System begreifen lassen.<sup>112</sup> Hier hätte ein Ansatzpunkt liegen können, die deutschen Entscheidungen in ähnlicher Weise zu systematisieren. Man hätte sich dann an der argumentativen Logik der Entscheidungen<sup>113</sup> orientieren müssen und mit vorsichtigen Verallgemeinerungen die Punkte sichtbar machen, wo der Text etwas anderes sagt als er tut. Diese mühevollen Arbeit wird aber als "verengter Rechtsprechungspositivismus"<sup>114</sup> abgetan, der den Blick über den Texttrand hinaus verstelle. Tatsächlich krankt die Analyse der Urteile im Bereich der Drittwirkung aber nicht am Zuviel, sondern am Zuwenig von Rechtsprechungspositivismus.

Bevor man über den Texttrand hinaus blickt, sollte man also in den Text hinein blicken. Zunächst ist auffällig, dass der Bezug des Gerichts auf die philosophische Wertlehre nur in der Antragsbefugnis auftaucht. In der Begründetheitsprüfung erfolgt die eigentliche Argumentation, und diese ist vollkommen unabhängig von Werten und deren philosophischer Begründung. Das Gericht will zu der These gelangen, dass in den Äußerungen des Beschwerdeführers Lüth kein Verstoß gegen die Auffassung aller billig und gerecht denkenden Bürger zu sehen ist.<sup>115</sup> Dafür muss es Argumente finden und sich mit Gegenansichten auseinandersetzen. Genau dies tut das Gericht. Von Werten wird nicht geredet. Zunächst wird das Auslegungsproblem klar definiert. Es geht um den Begriff der guten Sitten in § 826 BGB. Und das Bundesverfassungsgericht thematisiert die Frage, ob das Landgericht bei der Auslegung dieses Begriffs die Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit richtig bestimmt hat. Das ist die so genannte spezifische Verfassungsverletzung. Abstrakt wurde dieses Problem schon vor der Begründetheit vom Gericht erörtert. Dort grenzt es die Rolle des Verfassungsgerichts von der des Revisionsgerichts ab. Die Literatur knüpft natürlich typischerweise an diese abstrakten Überlegungen an und kommt dann zu dem Ergebnis, dass allein die Formel vom spezifischen Verfassungsrecht nicht ausreicht, um die verfassungsrechtliche Problematik von der einfach gesetzlichen Problematik zu trennen: "Sie ermöglicht es dem Bundesverfassungsgericht, jede Frage des einfachen Rechts als verfassungsrechtliche Frage zu interpretieren. Das Gericht kann so alle Rechtsfragen durch seine Berührung in Verfassungsrechtsfragen ver-

---

<sup>111</sup> Wahl, ebd., S. 372.

<sup>112</sup> Rainer Wahl, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band 1, Heidelberg 2004, S. 764 ff.

<sup>113</sup> Vgl. dazu die Analyse der Solange-II-Entscheidung aus der Sicht eines philosophischen Argumentationstheoretikers: Harald Wohlrapp, Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Wiese herum, in: Kent D. Lerch (Hrg.), Die Sprache des Rechts, Band 2, Recht verhandeln, Berlin 2005, S. 549 ff.

<sup>114</sup> Thomas Henne, "Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren", in: ders./Arne Riedlinger (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 197 ff. (197). Vgl. dazu auch Bernhard Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat 28 (1989), S. 161 ff. (163).

<sup>115</sup> BVerfGE 7, 198 ff. (229).

wandeln – so wie König Midas einst alles in Gold verwandelte, was er berührte. Anders als Midas ist das Gericht aber in der komfortablen Position, dass es selbst entscheiden kann, ob sich das einfache Recht durch seine Berührung in verfassungsrechtliches Gold verwandeln soll oder nicht.<sup>116</sup> Dieser Schuss ist zu schnell. Man sitzt dem Bild der Ausstrahlungswirkung<sup>117</sup> auf, ohne ihre methodische Operationalisierung im Text zu beobachten. Was der Text über sich selbst sagt, kann man nicht für bare Münze nehmen, sondern man muss analysieren, wie er tatsächlich arbeitet. Schon bei Carl Schmitt hätte man lesen können, dass die Methode der Praxis zum Glück besser ist, als das, was die Praxis für ihre Methode hält.<sup>118</sup> Wenn man ohne diese Naivität an Urteile herangeht, wird vieles klarer. Auch wieder in der Begründetheit des Urteils, und gerade nicht in der abstrakten Vorbemerkung, wird eine präzise textuelle Strategie sichtbar. Das Gericht überprüft an der Arbeit der Fachgerichte nicht die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts mit Hilfe der in der Rechtsprechung etablierten Canones der Auslegung. Es überprüft lediglich einen einzigen Teilaspekt der systematischen Auslegung des § 826 BGB, die Frage nämlich, ob die Meinungsfreiheit bei der Präzisierung dieses Begriffs richtig bestimmt wurde. Vorher hatte es dazu im Wortlaut beim Begriff der guten Sitten<sup>119</sup> den entsprechenden Spielraum herausgearbeitet. Das ist ein überprüfbarer Vorgang und damit etwas ganz anderes als die Willkür, welche uns das wunderbare Bild von König Midas suggerieren will. Auch handelt es sich bei dem, was das Gericht tut, nicht um Abwägung. Das sagt es nur. Im Text erscheinen die Worte "Abwägung" oder "Vorrang", wenn ein Argument, das den Weg zur Behauptung verlegt, von Gegenargumenten integriert oder widerlegt wird. Auch hier ist wieder wichtig von dem abzusehen, was das Gericht sagt, und auf das zu achten, was es im Text tut. Die "mantraartig wiederholte These einer 'ständigen Rechtsprechung seit Lüth'"<sup>120</sup> hat das theoretische Potential, das diese Entscheidung bietet, gerade verdrängt und stattdessen eine Theorie der Drittwirkung aufgerichtet, die philosophisch einschüchternd ist, aber in der Komplexität hinter dem zurückbleibt, was das Gericht tut.

Die Abwägung ist beim Gericht nur rhetorische Fassade. Wenn man sich nicht daran orientiert, was der Text sagt, sondern daran, was der Text tut, sieht man etwas anderes: Es wird die Geltung von vorgetragenen Argumenten überprüft und sozialtheoretische Zusammenhänge aufgenommen. Die argumentationstheoretischen und sozialtheoretischen Ausführungen wären zu präzisieren und auf die Canones der juristischen Methodik zu beziehen. Das wäre die Auf-

<sup>116</sup>Rainer Wahl, Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 371 ff. (389).

<sup>117</sup>Vgl. zu diesem Bild Matthias Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen 1999, S. 2.

<sup>118</sup>Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, Berlin 1912, S. 45.

<sup>119</sup>BVerfGE 7, 198 ff. (215).

<sup>120</sup>Vgl. dazu Thomas Henne/Arne Riedlinger, Zur Historisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: dies., Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 1 ff. (5).

gabe der Wissenschaft. Die herkömmliche Theorie greift diese Probleme nicht auf. Sie hält sich stattdessen an das, was der Text der Urteile über sich selbst sagt. Deswegen macht sie aus der Abwägung eine prinzipielle Theorie und scheidet daran.

## b. 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“<sup>121</sup>. 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.<sup>122</sup> 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.<sup>123</sup> In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt:

<sup>121</sup> *Albert Bleckmann*, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: ders., Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff., 44.

<sup>122</sup> 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.

<sup>123</sup> Vgl. *Mariele Dederichs*, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004, S. 106.

die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung.

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.

### c. Der Holismus funktioniert ohne Ganzes

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.<sup>124</sup> 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,

<sup>124</sup>Das 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.).



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 holistischen 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.<sup>125</sup> 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.

## 5. Diskursive Gewaltenteilung im Rahmen einer holistischen Semantik

Im Ergebnis zeigt sich also, dass die zentralen Theoreme der herkömmlichen Lehre zur Erfassung der praktischen Arbeit der Gerichte nicht geeignet sind. Weder die methodische Figur der Abwägung, noch ihre rechtstheoretische Grundlage in der Konzeption der Einheit der Rechtsordnung vermögen die Komplexität der praktischen Arbeit der Gerichte aufzunehmen. Die Abwägung ist lediglich eine delegierende Metapher, weil die Heterogenität der in kollidierenden Positionen sich in der Bestimmung des Ganzen wiederholt. Weil man das Ganze als homogenes Medium aber braucht, um Religion gegen Presse oder Kunst gegen Gewerbebetrieb abwägen zu können, funktioniert die angebotene Technik nicht. Daher vollzieht sich die ganze Arbeit der Gerichte im blinden Fleck der Theorie. Die Einheit der Rechtsordnung ist keine Deduktionsgrundlage und die Abwägung keine Operationalisierung, die geeignet wäre, das praktische Vorgehen der Gerichte zu erfassen. Die juristische Selbstbeschreibung bedarf einer Präzisierung im Hinblick auf die holistische Dimension ihrer Semantik.

Der Richter muss ein komplexes Verfahren leiten und die vorgetragenen Argumente verarbeiten. Einen Rechtssatz verstehen heißt danach, ihn mit vielen anderen zu vernetzen und in einem Verfahren darüber zu streiten. Es handelt sich dabei um einen horizontalen und praktischen Holismus. Horizontal heißt dieser Holismus, weil für ihn das Ganze keine eigene Bedeutung hat, sondern durch das Beziehungsgeflecht des Einzelnen produziert wird. Praktisch heißt dieser Holismus weil er den Bezug des Einzelnen zum Ganzen nicht erkennt, sondern

---

<sup>125</sup>Vgl. 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.

in der Auseinandersetzung darum erprobt. Im Rahmen dieses schwachen Holismus kann man das Verhältnis von einschließender und ausschließender Gewalt auch auf Varianz hin beobachten. Nur in diesem schwachen Holismus ist Platz für eine reflektierende Gewalt.