



Sources of Language and Law

www.legal-linguistics.net

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Diskursive Gewaltenteilung im Verfassungsrecht " In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 8.7.2020)

All rights reserved.

Diskursive Gewaltenteilung im Verfassungsrecht

Bevor ich 1980 an der Universität Heidelberg meine Assistentenstelle antreten konnte, hatte ich zunächst eine Anhörung wegen meiner politischen Auffassungen und Handlungen. Ich bekannte mich äußerlich zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung, obwohl ich die paternalistische Auslegung des Grundgesetzes als Wertordnung aus tiefstem Herzen ablehnte. Damals war die Demokratie im kommen. Heute ist sie im gehen. Wie soll man Verfassungsfeinde von Verfassungskritikern abgrenzen?

1. Der Verfassungsdiskurs

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

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 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.

2. Grundpositionen der Verfassungstheorie

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. Die reflektierende Gewalt fehlt bei beiden Denkern, weil sie die staatliche Einheit als Endzweck betrachten.

Erst in der Konzeption von Kelsen ist jedenfalls der Ort der reflektierenden Gewalt zu erkennen. Die Einheit der Rechtsordnung ergibt sich hier aus einer Grundnorm. Damit ist etwas wichtiges 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 und die anhand Vaihingers "Philosophie des Als-Ob" anschließende Lesart der Grundnorm als Fiktion. 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 über den Einschluss und Ausschluss von Sätzen führen. Schließen sie den Horizont oder öffnen sie ihn.

3. Die Position des Bundesverfassungsgerichts

Als Ausgangspunkt für das Verständnis der Grundrechte als Werte wird häufig die Lüth Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genannt. Es ging dabei um einen Boykottaufruf gegen einen Heimatfilm, der in den fünfziger Jahren vom Regisseur des Films Jud Süß gedreht worden war. Die Lüth-Entscheidung ist Anfang und Ende zugleich. Sie beendet den expliziten Bezug des Bundesverfassungsgerichts auf die zeitgenössische Wertphilosophie, indem sie die Wertordnung mit Verfassungsimmanenz belegt. Mit der Lüth-Entscheidung

beginnt die Ausarbeitung der objektiv rechtlichen Seite der Grundrechte. Die 50er Jahre waren noch Teil einer Wendesituation, die nach einer neuen geistigen Orientierung verlangte. 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." 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 Praxis des totalitären Regimes ab. Zudem konnte man es als Konsequenz und Verarbeitung der Weimarer Republik verstehen, dass deren Wertrelativismus jetzt durch eine Wertbejahung ersetzt werde. Insbesondere die Grundrechte boten sich für diesen Wertbezug an, weil eine der wesentlichen Kritikpunkte an der Weimarer Reichsverfassung deren Leerlaufen war.

4. Wertepyramide statt Verfassung

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 oder Wertrangordnung angesehen, an deren Spitze die Grundrechte und Art. 1 GG stehen. 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 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.

Allerdings 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. 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 Selbstbeschrei-

ung bedarf einer Präzisierung im Hinblick auf die holistische Dimension ihrer Semantik.

5. Die Verabschiedung der Werte

schon in der Lüth Entscheidung gibt es eine Divergenz von zeitbedingter Einkleidung und praktischer Argumentation. Von einer Wertpyramide geht 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." 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." 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. Bei ausführlicher Lektüre zeigt sich, dass das Gericht trotz terminologischer Anleihen bei der philosophischen Werttheorie die eigentlichen Grundlagen nie ausdrücklich rezipiert hat. Die Werte waren nur Geburtshelfer für die Entwicklung der objektiven Dimension der Grundrechte. Man muss also die zeitbedingte Einkleidung von der inhaltlichen Argumentation des Gerichts unterscheiden. 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. 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. 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 ..

Die Praxis verfolgt also das Ziel der Kohärenz: Die Gerichte wollen ihr Urteil ins Ganze der Rechtsordnung und die Kette bisheriger Entscheidungen harmonisch einfügen. 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.

6..Keine Zusammenlegung von einschließender und ausschließender Gewalt

Die Zusammenlegung von ausschließender und einschließender Gewalt steht bei Smend 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." 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, 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 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." 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.

7. Die Rolle der reflektierenden Gewalt.

Man kann die Grundrechte nicht als Werte verstehen und ihnen die Aufgabe der Integration aufbürden. Sie bilden die einbeziehende Gewalt. Die ausschließende Gewalt liegt Ihnen der Systematik ihrer Schranken. Aus der Sicht der reflektierenden Gewalt sind diese aber nur gerechtfertigt, wenn sie den Prozess der Einbeziehung neuer Sätze offen halten. Wir brauchen keine Mauer, sondern ein System beweglicher Barrikaden, die uns den Rückweg in eine politisch vorentschiedene Einheit abschneiden.

Eine politische Gemeinschaft muss also die die Einheit, die sie braucht alles leeren Signifikanten vor sich her schieben. Nur dann kann im demokratischen Prozess darüber diskutiert werden. Wenn man den Begriff der Einheit mit Werten inhaltlich füllt, gelangt man in eine totalitäre Ordnung. Nur 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. Verfassungskritiker respektieren diese Gewaltenteilung, Verfassungsfeinde wollen sie abschaffen.